ERBSCHAFTSKAUF

UND

ERBSCHAFTSAUSSCHLAGUNGSVERTRAG.

INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST UND DER

HOHEN RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

DER

KGL. BAYER. JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT WÜRZBURG

ZUR

ERLANGUNG DER RECHTS- UND STAATS-WISSENSCHAFTLICHEN DOKTORWÜRDE

VORGELEGT VON

Referendar FRITZ HANTKE

aus BERLIN

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

BERLIN

BUCHDRUCKEREI FELIX WOLF

1913

Referent:
Professor Dr. E. Mayer.

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549801_0094

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Einleitung. Zwecke der Erbschaftsausschlagung. 1

Erster Abschnitt.

Der Ausschlagungsvertrag hat selbständige rechtliche Existenz neben dem Verkaufsvertrag (Erbschaftskauf). 4-14

§ 2. Der Ausschlagungsvertrag ist kein einen Verkauf verdeckendes Scheingeschäft. 5

§ 3. Der Begriff des in fraudem legis agere und seine Bedeutung für den Ausschlagungsvertrag. 8

§ 4. Der Ausschlagungsvertrag als pactum sui generis. 13

Zweiter Abschnitt.

Der Ausschlagungsvertrag ist nicht nach Analogie des Verkaufsvertrages (Erbschaftskaufes) zu behandeln. 14

§ 5 Erstes Kapitel. 15

Die Durchführbarkeit einer analogen Anwendung der Vorschriften für den Erbschaftskauf § 2371 ff. BGB auf den Ausschlagungsvertrag.

Zweites Kapitel.

Allgemeine Entscheidung über die Analogie.

Erster Teil: Die Erbschaftsausschlagung als Vermögensverminderung. 24

§ 6. Anfall und Ausschlagung einer Erbschaft in der historischen Entwickelung. 26

§ 7 Der Anfall der Erbschaft als Vermögensvermehrung 28

§ 8. Bedeutung der Annahme der Erbschaft. 39

§ 9. Die Ausschlagung der Erbschaft als Vermögensverminderung. Bedeutung der Fiktion des § 1953 I BGB. 43

Seite

Zweiter Teil: Entscheidung gegen die Analogie.

§ 10. Bedeutung der durch die Erbschaftsausschlagung erfolgenden Vermögensverminderung für die Entscheidung. 48

§ 11. Die Stellung des Erben zur Erbschaft nach dem Abschluß beider Verträge. 50

§ 12 Die Vermögensverschiebung infolge einer Erbschaftsausschlagung im Vergleich zu der auf Grund eines Erbschaftsverkaufes erfolgenden. 55

Drittes Kapitel. 60

Für die Formvorschrift des § 2371 BGB ergeben sich keine Besonderheiten.

§ 13. Die ratio des § 2371 BGB. 61

§ 14. Formvorschriften in anderen, dem Ausschlagungsvertrage ähnlichen Verträgen. 64

§ 15. Schluss. Eine Parallele zu dem Nebeneinanderbestehen von Ausschlagungs- und Verkaufsvertrag im römischen und gemeinen Recht. 67

Anhang. Ueber die Erbschaftsausschlagung des BGB im Vergleich zu der des gemeinen Rechts und des preußischen Landrechts. 70

Zusammenstellung der benutzten Literatur.

Adrée, Annahme der Erbschaft nach BGB. Diss. Rostock 1903.
Arndt, in Glücks Pandekten, Bd. 48.
Bähr, Urteile des Reichsgerichts. 1883.
Becker, System des heutigen Pandektenrechts 1889.
Bernhöft, Zur Lehre von den Fiktionen. Festgabe für Becker 1907.
Binder, Die Rechtsstellung des Erben.
Boehm, Das Erbrecht.
Brachmann, Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners. 1883.
Bühring, Der vorläufige Erwerb des Erben. Diss. Rostock 1910.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 5. Auflage 1910.
—, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger. 1884.
v. Crailsheim, Zur Lehre vom Erwerb der Vermächtnisse. Arch. f. d. Ziv. Pr., Bd. 47, Nr. 21.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechtes.
Dernburg, Das bürgerliche Recht. 3. Aufl.
—, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 5. Aufl.
—, Pandekten. 3. Auflage.
Drost, Wesen und Bedeutung der Erbschaftsannahme in der Geschichte und im Recht des BGB. Diss. Breslau 1906.
Endemann, F., Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 8./9. Aufl.
Endemann, W., Das deutsche Konkursverfahren.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 3. Aufl.
—, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. 1889.
Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, Gutachtliche Aeußerungen zum . . . Herausgegeben vom Reichsjustizamt. 1890.
Fitting, Zivilistische Bemerkungen. Arch. f. d. Ziv. Pr. Bd. 42.
—, Ueber den Begriff der Rückziehung. 1856.
Friedmann, Die Annahme der Erbschaft. 1909.
Frommhold, Das Erbrecht.

v. Gierke, Grundzüge des deutschen Privatrechts. In Holtzendorff-Kohlers Enzykl. d Rechtswiss.

Goldschmidt, Ludwig, Kritische Erörterungen zum Entwurf eines BGB.

Gruchot, Preußisches Erbrecht. 1856.

Hachenburg, Das bürgerliche Gesetzbuch, Vorträge. 1900.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. 1907.

Hellwig, Erbschaftsausschlagung und Gläubigeranfechtung. Festgabe für v. Martitz. Berlin 1911. S. 157 ff.

—, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraftwirkung.

—, Grenzen der Rückwirkung.

—, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts.

Heymann, Grundzüge des gesetzlichen Verwandtenerbrechts.

Hölder, Die Stellung des römischen Erben. Savigny-Stiftung. Bd. 46.

Jacobsen, Die Erbausschlagung des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Vergleich mit dem ius abstinendi des gemeinen Rechts. Diss. Rostock 1903.

Jäger, Konkursordnung. 1904.

Kaiser, Wesen und Wirkung der Erbunwürdigkeitserklärung. Diss. Jena 1909.

Kern, Die Anfechtung der Annahme oder Ausschlagung einer vor der Eröffnung des Konkurses dem Gemeinschuldner angefallenen Erbschaft seitens des Konkursverwalters. Diss. Greifswald 1901.

Kipp, Das Erbrecht. 1911.

—, Erbschaftsausschlagung und Gläubigeranfchtung in Jur. Wochenschrift 1912. Nr. 1, Seite 11 ff.

Koeppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts. 1895.

—, Zur Lehre vom Erwerb der Erbschaft und des Vermächtnisses in Iherings Jahrbuch Bd. 5, S. 125ff.

Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts.

Korn, Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners. 1885.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB.

(Eck)-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Leonhard, Das Erbrecht. 1912.

Loewy, Die Form der Erbschaftsannahme nach heutigem bürgerlichen Recht. Diss. Breslau 1904.

Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.

Meidner, Die Annahme einer Erbschaft im Bürgerlichen Gesetzbuche. Diss. Breslau 1906.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Müller, Wie verhält sich Verzicht zur Schenkung? Diss. Erlangen 1899.
Neff, Beiträge zur Lehre von der fraus legi facta in den Digesten. Diss. Berlin 1895.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 3./4. Aufl.
Pelargus, Erbrecht. 1899.
Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung. 1900.
Pfaff, Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere. Wien 1892.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch und Einführungsgesetz. Kommentar. 3. Aufl.
Ponfick, Zweifelsfragen aus dem Gebiete der Erbschaftsannahme. Diss. Breslau 1907.
Regelsberger, Die Handelsgeschäfte in Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Herausgegeben von W. Endemann.
Reichsgerichtsräte, Das bürgerliche Recht. Kommentar.
Rüger, Aus dem Erbrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. Sächs. Arch. f. Rpfl. Bd. 9.
Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 3. Aufl.
Scherer, Erbrecht. 1900.
Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechtes. Festgabe für Koch. 1903.
v. Seuffert, Erbschaftsausschlagung und Gläubigeranfechtung. Leipz. Ztschr. f. Handels-, Konk.- u. Versr. 1912. Nr. 1, S. 20 ff.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. 3. Aufl.
Sohm, Institutionen. 13. Aufl.
Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft. 1911.
Stampe, Rechtsfindung durch Konstruktion. D. J. Z. 1905. S. 422.
Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. 5./6. Aufl.
Strohal, Das deutsche Erbrecht. 3. Aufl.
Stützel, Schenkung und Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses zum Vorteil eines anderen. Diss. Erlangen. 1911.
Trenkle, Die Anfechtbarkeit der Erbschaftsentschlagung wegen Benachteiligung der Gläubiger. Diss. Erlangen 1904.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl.
Witte, „Beneficium abstinendi" in Weiskes Rechtslexikon.
M Wolff, Das Sachenrecht 1910.

P. Wolff, Die Erbschaftsannahme in historischer Entwicklung und im Recht des BGB. Diss. Heidelberg 1909.

Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Allgemeiner Teil 1900.

Entscheidungen:

RG in Ziv. Bd. 2, 29, 54, 72; ferner bei Gruchot, Bd. 47.
Kammergericht, Kgjahrb. Bd. 31, 35.
Bayr. Oberst. Landesger. Bd. 7.
OLG Naumburg, Soergel Rechtspr. 1902. Entsch. 24. 10. 01.
OLG Dresden, Sächs. Arch. f. Rechtspfl. 1906. S. 33.
Rechtspr. d. OLGer. Bd. 4. Nr. 6.
Deutsche Juristenzeitung 1906, 1911.
Juristische Wochenschrift 1905.

§ 1. Einleitung.

Zwecke der Erbschaftsausschlagung.

1. Der Vater eines überschuldeten Sohnes stirbt mit Hinterlassung einer reichen Erbschaft. Der Sohn schlägt sie aus und bewirkt dadurch, daß sie nun seiner Tochter zufällt. Er nimmt sie in deren Namen an und erfreut sich nun mindestens während der Minderjährigkeit der Erbin des ererbten Vermögens.

2. Der Sohn ist zusammen mit seinen Kindern als Miterbe eingesetzt, und es findet Anwachsung unter den Miterben statt. Der Sohn hat wiederum die Möglichkeit, auszuschlagen und im Namen der Kinder anzunehmen.

3. Es ist einem Schuldner ein Vermächtnis zugewandt, das er zur Bezahlung seiner Schulden verwenden könnte. Aber er will die Vorteile des Vermächtnisses genießen, ohne von den Gläubigern gestört zu werden. Um das zu erreichen, schlägt er den mit dem Vermächtnisse belasteten Erben vor, er wolle das Vermächtnis ausschlagen, der Erbe möge ihm dafür ein gewisses Entgelt zusagen. Dieses ist für die Gläubiger natürlich viel schwerer zu fassen als das Vermächtnis, weil der Nachweis der von dem Ausschlagenden gegen den Erben erworbenen Forderung schwierig ist, überdies ein schlauer Schuldner vielleicht sich das Entgelt nicht in bindender Form wird versprechen lassen.

4. Der hinter dem zunächst zur Erbfolge gelangenden Erben Berufene (gesetzliche Nächstberufene, anwachsungsberechtigte Miterbe, Ersatzerbe) will die Erbschaft von dem Erben erwerben. Die Erbschaft besteht im wesentlichen aus einem Grundstücke. Zur Ersparung der Umsatzsteuer (oder der Auflassungskosten, oder des nach BGB §§ 313, 2371 erforderlichen gerichtlichen oder notariellen Vertrages) wird nicht die Form des Kaufes gewählt, sondern der Erbe verpflichtet sich vertraglich zur Ausschlagung, der Nächst-

berufene, der dadurch zur Erbschaft gelangt, zur Leistung eines Entgelts.

Die vorstehend zusammengestellten Fälle, die wir mit geringen Abweichungen Hellwigs Schrift „Erbschaftsausschlagung und Gläubigeranfechtung“[1]) entnehmen, sind darum bemerkenswert, weil in ihnen allen die Ausschlagung einer Erbschaft (bzw. eines Vermächtnisses) in einem Zusammenhange wiederkehrt, der deutlich zeigt, daß hier das Institut der Ausschlagung zu Zwecken benutzt wird, die seiner ursprünglichen Bestimmung fernliegen.

Die Folge der Erbschaftsausschlagung für den Ausschlagenden ist zunächst und in jedem Falle die, daß er nicht Erbe wird, d. h. die unmittelbare Folge liegt, da unser Erbrecht sich in dem Eintritt des Erben in das Vermögen des Erblassers erschöpft, auf rein wirtschaftlichem Gebiete. Die Vorstellung ausschließlich dieses Erfolges wird in vielen Fällen den berufenen Erben zur Ausschlagung veranlassen; er will sein Vermögen nicht durch Aufnahme einer überschuldeten Erbschaft schädigen. Oft aber wird die Gesamtheit der Vorstellungen, die den Erben zur Ausschlagung drängen, sich nicht in der Vorstellung des einen Erfolges erschöpfen, der Ausschlagende wird sich noch weitere Erfolge vergegenwärtigen und jenen vorgestellten notwendigen Erfolg wird er nicht die Veranlassung seines Handelns werden lassen, in seiner „Absicht“ wird er ihn vielmehr nur als Durchgangspunkt zu anderen mittelbaren Folgen der Ausschlagung umfassen, die deren eigentlichen Zweck und Beweggrund darstellen.

Diese mittelbaren Folgen der Ausschlagung können nun wiederum auf wirtschaftlichem Gebiete liegen, z. B. wenn der eigentliche Zweck der Ausschlagung darauf geht, daß das Vermögen des weniger bemittelten Nächstberufenen (etwa eines entfernten Verwandten oder befreundeten Ersatzerben) eine Bereicherung erfährt. Oft wird aber auch der eigentliche Zweck der Ausschlagung anderer Natur sein, die Ausschlagung eine Absage an den Toten, z. B. einen Ausdruck der Mißbilligung der Art, wie er sein Vermögen erworben hat, darstellen sollen.

[1]) In der Festgabe für v. Martitz. S. 157 ff. Berlin 1911.

Wir haben uns damit mehrere Typen von Ausschlagungszwecken vergegenwärtigt: Bewahrung des eigenen, Mehrung des fremden Vermögens, Absage an den Toten. In keine dieser Kategorien nun passen die Ausschlagungen in den eingangs aufgezählten Fällen; hier geht der die Ausschlagung veranlassende Zweck darauf, daß der Erbe sich mittelbar in den Genuß der Erbschaft setzt, d. h. einen Erfolg herbeiführt, der im allgemeinen dem durch den Antritt der Erbschaft erreichten entspricht. Was allen den oben genannten Zwecken gemeinsam war, war das, daß niemals der Ausschlagende infolge der Ausschlagung zum Genusse der Erbschaft kam. Dieses Moment nun erscheint wesentlich zur Erkenntnis dessen, was der Gesetzgeber mit der Ausschlagung gewollt hat. In diesem Sinne ist es zu verstehen, wenn wir sagen, daß in unseren Fällen „das Institut der Ausschlagung zu Zwecken benutzt wird, die seiner ursprünglichen Bestimmung fernliegen". Denn die Ausschlagung wird dazu benutzt, dem Ausschlagenden mittelbar die Erbschaft zu verschaffen.

Wenn wir unsere Fälle näher ins Auge fassen, so sehen wir, daß sie sich in zwei Gruppen scheiden lassen. In den Fällen der ersten wird infolge der Ausschlagung die Erbschaft dem Vermögen des Ausschlagenden dadurch mittelbar zugeführt, daß infolge der Ausschlagung die Erbschaft an eine Person fällt, die den Ausschlagenden naturgemäß in den Mitgenuß der Erbschaft setzt. (Vgl. Fall 1 und 2.) Die zweite Gruppe bilden die Fälle, in denen dem Ausschlagenden die Vorteile der Erbschaft in viel greifbarerer Gestalt zufließen: Er bekommt ein Entgelt für seine Ausschlagung, das zu dem Werte der Erbschaft in angemessenem Verhältnis steht. (Vgl. Fall 3 und 4.)

Diese „Schiebungen" haben schon wiederholt Wissenschaft und Praxis beschäftigt. Bisher waren die behandelten Fälle vorwiegend solche der ersten Gruppe, wobei als allein entscheidende Frage die nach der Anfechtbarkeit solcher Ausschlagungen durch die Gläubiger bzw. den Konkursverwalter erschien. Auf die bisher von der Praxis, soweit dem Verfasser bekannt, gar nicht, in der Wissenschaft selten be-

handelten Fälle der zweiten Gruppe hat jetzt Hellwig in der oben zitierten Schrift wieder kurz hingewiesen. Bei ihnen taucht, soweit die Absicht der Gläubigerbenachteiligung in Frage kommt, wieder die Frage der Anfechtbarkeit, daneben aber für alle Fälle, in denen ein Vertrag abgeschlossen ist, die neue Frage auf: Wie ist ein Vertrag zu beurteilen, durch den sich der zur Erbschaft Berufene bzw. der mit einem Vermächtnis Bedachte, demjenigen gegenüber gegen Zahlung eines Entgeltes zur Ausschlagung verpflichtet, dem diese unmittelbar zugute kommt? Der offenkundige Zweck dieses Vertrages geht darauf, ähnliche Folgen herbeizuführen, wie sie dem Erbschaftskaufvertrag eigen sind: Der berufene Erbe erhält den entgültigen Genuß der Erbschaft in der Form eines ihm seitens eines Dritten gewährten Entgeltes, und dieser Dritte bekommt die Erbschaft in ihrer ursprünglichen Gestalt. Billigt nun das Gesetz diese „Umgehung", wie es z. B. neben dem Kauf eines Grundstücks, dessen Pacht auf hundert Jahre mit voller Berechtigung als selbständige Rechtsform anerkannt, obwohl auch hier im weitesten Sinne ein Gesetz „umgangen" wird? Billigt es ferner die Ausnutzung der Erbschaftsausschlagung in der angegebenen Weise? Gewährt das Gesetz dem nach dem Tode des Erblassers abgeschlossenen Erbschafts-Ausschlagungsvertrag (wie wir unseren Vertrag fortan nennen wollen) gegenüber dem gesetzlich geregelten Erbschaftsverkaufsvertrag unbeschränkte rechtliche Existenz? Oder eine dadurch beschränkte, daß es die Regeln vom Erbschaftsverkauf auf ihn analog zur Anwendung bringt? Oder versagt es ihm die selbständige Existenz überhaupt? — Diese Frage zu beantworten, soll in der vorliegenden Arbeit versucht werden.

Erster Abschnitt.

Der Ausschlagungsvertrag hat selbständige rechtliche Existenz neben dem Verkaufsvertrag (Erbschaftskauf).

Von den am Schlusse des Einleitungsparagraphen gestellten Fragen soll die letzte zuerst behandelt werden. Hat

der Ausschlagungsvertrag gegenüber dem Verkaufsvertrag eine selbständige rechtliche Existenz, d. h. läßt das Gesetz ihn als besondere Rechtserscheinung gelten, die besondere rechtliche Behandlung beansprucht, oder stellt er in Wahrheit einen — versteckten — Erbschaftskauf dar?

§ 2. Der Ausschlagungsvertrag ist kein einen Verkauf verdeckendes Scheingeschäft.

Der Ausschlagungsvertrag bezweckt nach seiner äußeren Erscheinung die Ausschlagung der Erbschaft durch den Erben, der Verkaufsvertrag mit dem Nächstberufenen die Veräußerung der Erbschaft an ihn als Erbschaftskäufer. Es bedarf keiner besonderen Hervorhebung, daß nach der äußeren Gestalt beide Verträge in ihrer Bedeutung und der rechtlichen Konstruktion der seitens des Erben eingegangenen Verpflichtung völlig voneinander abweichen. Nach dem Wortlaute der Parteiwillenserklärungen ist in dem Ausschlagungsvertrag kein Erbschaftsverkauf zu erblicken. Ist nun für die rechtliche Behandlung des Vertrages seine äußere Erscheinung maßgebend, d. h. der W i l l e der Parteien so, wie sie ihn e r k l ä r t haben?

Der in dem Vertrage e r k l ä r t e Wille muß zur Wirksamkeit des Vertrages in seiner äußeren Gestalt mit dem wahren Willen insoweit übereinstimmen, als kein die Nichtigkeit des Vertrages nach den Bestimmungen des BGB begründendes Auseinandergehen von Wille und Erklärung vorliegen darf. Es fragt sich, ob auch der wahre Wille der Parteien auf die Ausschlagung oder ob er etwa auf die Veräußerung der Erbschaft gerichtet ist. Trifft dies letztere zu, so ist der Wille zu der die Voraussetzung für die Veräußerung bildenden Antretung der Erbschaft durch den Erben ohne weiteres auch als vorhanden anzunehmen.

1. Liegt in dem Abschluß des Vertrages ein Scheingeschäft (§ 117 BGB), durch das die Antretung und Veräußerung der Erbschaft verdeckt werden soll? Dies ist zu verneinen. Der Wille der Parteien geht in Wirklichkeit auf die Ausschlagung. Sie haben die Möglichkeit eines Erbschaftsantrittes mit folgender Veräußerung der Erbschaft wohl erwogen und sind zu dem Ergebnis gekommen, daß es

für sie vorteilhafter ist, statt auf diese Weise zu verfahren, den vorliegenden Vertrag abzuschließen. Wir wissen also, daß die Parteien sich sogar darüber klar geworden waren, eine Antretung und Veräußerung nicht zu wollen. Demgemäß haben sie in dem Vertrage ihren wahren Willen bezeugt: In dem Abschluß des Ausschlagungsvertrages liegt kein Scheingeschäft.

2. Bevor wir in der Betrachtung der rechtlichen Natur des Vertrages fortfahren, sei festgestellt, daß auch in der Ausschlagung kein Scheingeschäft mit verdeckter Antretung und Veräußerung der Erbschaft liegt, wie dies von Seuffert[2]) für den vierten der eingangs zusammengestellten Fälle behauptet wird: „In einem der (von Hellwig, Festg. f. v. M., S. 166 u. 174, konstruierten) Fälle kann die Ausschlagung der Erbschaft als ein Scheingeschäft mit Verdeckung der Antretung und des Verkaufes der Erbschaft betrachtet werden, nämlich dann, wenn der Nächstberufene dem Erben die Erbschaft, zu der Grundstücke gehören, abkaufen will und zur Ersparung des Stempels die Form gewählt wird, daß der Erbe gegen Leistung eines Entgeltes die Erbschaft ausschlägt."

Ein Scheingeschäft kann nach § 117 I BGB nur vorliegen bei einer empfangsbedürftigen Willenserklärung. Hierunter ist aber nur die parteiempfangsbedürftige Willenserklärung zu verstehen, sei es, daß man die einer Behörde gegenüber abzugebenden Erklärungen für überhaupt nicht „empfangsbedürftig" im Sinne des BGB hält[3]), sei es, daß man die „amtsempfangsbedürftige" Willenserklärung der „parteiempfangsbedürftigen" gegenüberstellt[4]). Die Ausschlagung einer Erbschaft erfolgt nach § 1945 BGB durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht. In der Ausschlagung kann also unmöglich ein Scheingeschäft im Sinne des § 117 liegen[5]).

---

[2]) S. 26.

[3]) Z. B. Enneccerus; S. 397, Anm. 3. Dernburg; Bürg. R. I, § 108 Staudinger-Riezler, Planck zu § 130 BGB.

[4]) Zitelmann. S. 90.

[5]) So für den besonderen Fall: Enneccerus, Dernburg aaO.

Enneccerus aaO verweist auf § 118 BGB, der u. U. die Nichtigkeit der Ausschlagung wegen Scheinnatur begründen könnte. Dies wäre an sich möglich. Die Entgegennahme einer Ausschlagungserklärung durch die Behörde ruft rechtliche Wirkungen nur durch das Zusammenwirken der Behörde mit der Partei hervor; sie ist kein selbständig rechtserzeugender obrigkeitlicher Akt wie ein Urteil, der einen Schutz gegen nicht ernstliche Erklärungen beanspruchte. Zweifellos kann eine Ausschlagung nach § 118 BGB, der im Gegensatz zu § 117 BGB auch für nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen gilt, nichtig sein.

Wenn Endemann[6]) meint, daß bei einer Erklärung gegenüber einer Behörde der Mangel der Ernstlichkeit keine Berücksichtigung findet, weil der Erklärende niemals von der Behörde erwarten kann, daß dieser Mangel von ihr nicht verkannt werden würde, „wo der mangelnde Ernst kundbar wäre, müßte der Beamte die Entgegennahme der Erklärung ablehnen", so kann dem nicht zugestimmt werden. Denn dann müßte man folgerichtig auch bei jeder empfangsbedürftigen Willenserklärung, die in dieser Weise abgegeben wird, sagen: wo der mangelnde Ernst kundbar wäre, dürfte ein anständiger Mensch — dies wäre das Korrelat zu dem seine Amtspflicht nicht verletzenden Beamten — die Erklärung nicht als ernste entgegennehmen und vielleicht daraus dann Rechte für sich herleiten wollen. Auf Grund vor Erfahrungstatsachen für das Handeln gegenüber den Beamten eine solche praesumtio iuris et de iure zu schaffen, geht nicht an.

Aber auch der § 118 BGB kann nicht durchdringen, Denn wenn der Erbe infolge des ihn verpflichtenden Vertrages ausschlägt, hat er die ernstliche Absicht dazu. Wir sahen schon oben, daß sein Wille auf die Ausschlagung geht und auf nichts anderes. Diesen Willen erklärt er. So ist also auch die Ausschlagung nicht als Scheingeschäft nichtig. Nach dieser Abschweifung kehren wir wieder zu dem Ausschlagungsvertrage zurück. Wir hatten festgestellt, daß der im Vertrage hervortretende Wille der Parteien ihren

[6]) Bürg. R. § 67, Anm. 15.

wahren Willen darstellt. Somit ergeben sich in dieser Hinsicht keinerlei Bedenken gegen die selbständige rechtliche Existenz des Vertrages. Bevor wir aber das Ergebnis als erwiesen feststellen, wollen wir zuvor noch den Vertrag unter dem bei derartigen Gelegenheiten leicht auftauchenden Gesichtspunkt des in fraudem legis agere betrachten.

§ 3. Der Begriff des in fraudem legis agere und seine Bedeutung für den Ausschlagungsvertrag.

Handeln die Parteien in fraudem legis, und unterliegt der Vertrag darum den Regeln des Erbschaftskaufes? — Das in fraudem legis agere unterscheidet sich scharf von dem eben behandelten Scheingeschäft.[7]) Während wir dort fragten, ob sich der geäußerte Wille mit dem gedachten deckt, gehen wir hier von dem gewonnenen Resultate aus, daß der wahre Wille erklärt ist.

Der Begriff des in fraudem legis agere, der „Gesetzesumgehung", wird herkömmlicherweise neben dem des contra legem agere aufgezählt. Er gehört zu den Begriffen unserer Rechtswissenschaft, die zwar oft genannt werden, die aber trotzdem eine klare Grundlage nicht haben. Wenn wir das, was in den Lehrbüchern und sonst in der — nicht umfangreichen — Literatur über das in fraudem legis agere zu lesen ist, zusammenstellten, würden wir bald sehen, wie schwer es ist, ein klares Bild zu gewinnen. Und doch scheint uns das die Frage entgültig entscheidende bereits gesagt zu sein. Wir glauben, daß die 1895 erschienene Arbeit von Neff[8]) die Wahrheit über den Begriff gefunden hat, indem sie seine Existenz nämlich leugnete.

Als älteste Definitionen des in fraudem legis agere faßt man die in den Digesten enthaltenen des Paulus und Ulpian auf. (L. 29 u. 30, Dig. d. leg. 1, 3) „contra legem

[7]) Die Unterschiede werden hervorgehoben insbesondere von Regelsberger; Bd. III, Buch 3, Abschn. 1, § 241. Baehr; S. 60. Staudinger-Riezler zu § 118, IV. Von Regelsberger stammt die Bezeichnung des in fraudem legis agere als rechtsgeschäftlicher Schleichweg.

[8]) Vgl. Literaturverzeichnis.

facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit.“ „Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit.“

Neff hat nachzuweisen gesucht, daß diese Stellen gar keine allgemein gültigen Definitionen enthalten sollen, sondern nur Bezeichnungen von Tatbeständen, die dem gesetzlichen des contra legem agere entsprechen und darum selbstverständlich unter diesen Begriff fallen. Auch für das geltende Recht muß nun die Ansicht vertreten werden, daß allen Tatbeständen, bei denen man von einer Fraus legi facta gemeinen zum Tatbestand des in fraudem legis agere abweichender Begriff zu Grunde liegt. Man pflegt im allgemeinen zum Tatbestand des in fraudem legis agere zweierlei zu verlangen: Erstens eine fraudulose Absicht, zweitens einen Tatbestand, der wirklich von dem umgangenen Gesetz umfaßt wird.[9]) Der „Umgehungsdolus“ kann jedoch tatsächlich für die Behandlung der Tatbestandes gar nicht ausschlaggebend sein. Die Umgehungsabsicht ist in dem Tatbestande nicht enthalten, sie kommt zu diesem hinzu. Das Gesetz tritt aber in seinen Folgen in Kraft gemäß dem vorliegenden Tatbestande, gleichviel ob die Parteien die Absicht hatten, die erreichten Folgen herbeizuführen oder nicht. Der von der herrschenden Lehre als in fraudem legis bezeichnete Tatbestand enthält also „ein Mehreres gegenüber dem gesetzlichen Tatbestand: den Umgehungsdolus. Da jedoch zur Anwendung des Gesetzes nur nötig ist, daß alle Tatbestandsmomente vorhanden sind, die dem Sinn des Gesetzes nach vorliegen müssen, so ist das Moment des Umgehungsdolus im Tatbestand des . . . Pfaffschen in fraudem legis agere für die Anwendung des umgangenen Rechtssatzes irrelevant.“[10]) Bleibt übrig die Forderung, daß das umgangene Gesetz wirklich auf das Umgehungsgeschäft ausgedehnt ist. Wir erkenen bereits, daß mit der Aufgabe des Umgehungsdolus jede Grundlage für einen besonderen Begriff des in fraudem legis agere fehlt. Wir zitieren weiter: „Jeder konkrete Tatbestand hat zu jedem Gesetz ein ganz bestimmtes

[9]) So z. B. Pfaff. S. 161.
[10]) Neff. S. 18/19.

Verhältnis: Entweder er entspricht dem betreffenden Tatbestand des Gesetzes und ist damit diesem Gesetz unterworfen oder er entspricht ihm nicht und ist deshalb der Herrschaft des betreffenden Gesetzes entzogen. Eine dritte Beziehung ist nach dem Satze vom ausgeschlossenen Dritten unmöglich." (S. 14.) Wenn man nun von „Umgehung des Gesetzes" spricht, so soll zum Ausdruck gebracht werden, „daß ein konkreter Tatbestand einem bestimmten gesetzlichen Tatbestand weder „entspreche", noch „nicht entspreche". Eine solche Beziehung ist aber unmöglich. Der Grund, warum man nun doch wenigstens den Worten nach sich nicht sofort für Unterordnung oder Nichtunterordnung unter das Gesetz entscheidet, sondern von Umgehung spricht, „entspringt einem Zweifel darüber, was der wirkliche Inhalt des Gesetzes sei." (S. 15.) „Die Gesetzesverletzung ist nicht sofort erkennbar, sondern vielmehr eine intensive geistige Bearbeitung des konkreten Tatbestandes der fraus und des Wortinhalts des Gesetzes erforderlich, ehe die Rechtswidrigkeit sichtbar wird." (S. 25.) Das Ergebnis lautet also: Wollen wir prüfen, ob ein konkreter Tatbestand unter ein Gesetz, d. h. für unseren Fall ob der Ausschlagungsvertrag unter die Regeln des gesetzlich geordneten Erbschaftskaufs fällt, so haben wir diese Untersuchung zu führen, ohne uns von dem etwaigen Willen der Parteien, durch den Abschluß jenes Vertrages diesen zu umgehen, entscheidend beeinflussen zu lassen. Dies Ergebnis entspricht auch durchaus praktischen Bedürfnissen, denn beim entgegengesetzten Resultat müßte man die Behandlung des Ausschlagungsvertrages vielleicht verschieden gestalten, je nachdem, ob sich die Parteien der Umgehung bewußt waren oder nicht. Liegt ein Umgehungsdolus vor, fällt aber der erzeugte Tatbestand nicht unter den gesetzlichen, so ist den Parteien die „Umgehung" gelungen, d. h. in Wahrheit haben sie das Gesetz nicht „umgangen", denn es ist eben nicht auf ihren Tatbestand ausgedehnt.

Es beschränkt sich also jede Prüfung von Rechtsgeschäften unter dem Gesichtspunkte des in fraudem legis agere auf die allgemeine Untersuchung, ob das Rechtsgeschäft nach dem objektiven Tatbestande unter ein bestimmtes Gesetz fällt.

Konnten wir unsere grundsätzliche Stellungnahme zu der Bedeutung des in fraudem legis agere auf die wiederholt zitierten Ausführungen Neffs stützen, so bedürfen diese noch nach zwei Richtungen einer Ergänzung. Erstens: Es kann niemandem verwehrt sein, Rechtsgeschäfte, bei denen ein Umgehungsdolus obwaltet und bei denen die Ausdehnung eines Gesetzes auf sie zur Erkenntnis besonders eingehender Prüfung bedarf, mit dem Namen des in fraudem legis agere zu belegen; sicherlich will man auch in der Literatur häufig anderes mit dem Worte nicht besagen. Man muß sich dann aber darüber klar sein, daß auf diese Weise nur eine Begriffsbildung getrieben wird, die alle derartigen Tatbestände unter einem für ihre rechtliche Behandlung ganz gleichgültigem Gesichtspunkte zusammenfaßt, d. h. leicht irreführend wirkt.[11]) In diesem Sinne aber kann ein in fraudem legis agere bei allen Rechtssätzen in Betracht kommen, jedenfalls nicht, wie oft behauptet wird, ausschließlich bei Verbotsgesetzen. Auch Gebotsgesetze können „umgangen" werden, aber nicht nur „erfüllt" oder „nicht erfüllt" werden.[12]) Denn — wie gezeigt — ist ein Gesetz-„Umgehen" gar kein Gegensatz zu „Erfüllen" und „Nichterfüllen", d. h. so handeln, daß das getätigte Rechtsgeschäft dem Gesetze unterworfen ist oder nicht. — Zweitens: Neff gebraucht wiederholt den Ausdruck, daß ein konkreter Tatbestand dem gesetzlichen „entspreche", ohne näher auf die verschiedenen Möglichkeiten dieses Entsprechens einzugehen.[13]) — Um von den Folgen eines gesetzlichen Tatbestandes umfaßt zu sein, muß ein konkreter Tatbestand in einem gewissen Verhältnis zu dem gesetzlichen stehen, aber er braucht nicht unter den betreffenden Tatbestand zu fallen. Gerade bei den als in fraudem legis bezeichneten Rechtsgeschäften wird eine solche Beziehung in der Regel nicht vorhanden sein. Vielmehr wird hier eine Erstreckung der Rechtsfolgen eintreten, ohne daß

---

[11]) Vgl. Crome. Bd. I, S. 419. „Der Begriff bildet im heutigen Recht gar keine besondere Rechtsfigur."

[12]) So KG. IKG. Bd. 31, S. 183 ff. Auch Staudinger-Riezler zu § 134.

[13]) Angedeutet werden sie S. 13, 14.

der konkrete Tatbestand unter den Inhalt des gesetzlichen einzuordnen ist, er wird ihm nur ähnlich sein, d. h. den Eintritt der gesetzlichen Folgen werden wir im konkreten Falle aussprechen kraft eines Analogieschlusses. So wird sich letzten Endes die Frage nach der Gesetzesunterstelltheit eines Rechtsgeschäft in Folge einer fraus legi facta erschöpfen in der Frage der analogen Anwendung des Gesetzes auf den Tatbestand. — Der Prüfung der analogen Anwendung der Regeln vom Erbschaftskauf auf den Ausschlagungsvertrag wird der zweite Abschnitt dieser Arbeit gewidmet sein.[14]) [15])

---

[14]) Von den beiden Autoren, die sich zu der rechtlichen Bedeutung des Ausschlagungsvertrages äußern, ist der Einwand des in fraudem legis agere nicht erhoben worden. Für v. Seuffert ist der Fall als Scheingeschäft erledigt, und auch Hellwig will, wie wir glauben, trotz der an das in fraudem legis agere anklingenden Ausdrucksweise[16]) („dies ist ein Umweg, auf dem in einer anderen juristischen Form erreicht wird, was sonst durch die Veräußerung [2371 ff.] erzielt wird") nicht gerade ein in fraudem legis agere behaupten, sondern nur auf eine gewisse Aehnlichkeit beider Geschäfte hinweisen. Vgl. die erste Fassung[17]), wo Hellwig die farblose Wendung gebraucht: Der Ausschlagende hat dem Erben die Erbschaft „verschafft".

[15]) Wie wir in dem Fall 4 der Einleitung sahen, handelt es sich beim Ausschlagungsvertrag nächst der „Umgehung" von Vorschriften des bürgerlichen Rechts auch um eine Vermeidung der Besteuerung, die erstrebt wird. Ohne daß auf diesen Punkt näher eingegangen werden soll, sei hierzu eine — erfreulich deutliche — Entscheidung des Reichsgerichts zitiert, deren Ergebnis wir vollauf billigen[18]): „Die wirtschaftlichen Vorgänge sind nur nach Maßgabe der rechtsgeschäftlichen Formen, in die sie gekleidet werden, der Stempelbesteuerung unterworfen. Finden die Beteiligten zulässige Rechtsformen, die es ihnen ermöglichen, ein und dasselbe wirtschaftliche Ziel unter Aufwendung geringerer Stempelkosten zu erreichen als bei Beobachtung anderer Rechtsformen, so kann dies es nicht rechtfertigen, die Verschiedenheit der rechtsgeschäftlichen Formen bei Seite zu schieben und die wirtschaftliche Seite für die Stempelbesteuerung maßgebend sein zu lassen."

---

[16]) Festg. f. v. M. S. 174.

[17]) Seite 160, 161.

[18]) Gruchot. Bd. 47, S. 688.

§ 4. Der Ausschlagungsvertrag als pactum sui generis.

Der Ausschlagungsvertrag ist kein Scheingeschäft; der Begriff des in fraudem legis agere gibt uns keine besonderen Gesichtspunkte für seine Behandlung; es bleibt uns nun noch übrig, die rechtliche Gestalt des Vertrages festzustellen.

Der Vertrag läßt sich nicht unter die im BGB ausgeprägten Vertragstypen unterbringen. Insbesondere liegt nicht etwa ein Werkvertrag vor. Mit der Ausschlagung leistet der Erbe kein „Werk", er produziert weder eine körperliche noch eine unkörperliche Leistung. Durch die Ausschlagung werden keine Werte geschaffen, sondern es wird nur eine Grundlage gelegt für einen Eigentümerwechsel an bestehenden Wertobjekten. Wäre die Ausschlagung ein „Werk", so würde ja auch jedes Rechtsgeschäft, kraft dessen man sich zu einer Verfügung verpflichtet, ein Werkvertrag sein. Jeder Kauf wäre dann in Wirklichkeit ein Werkvertrag, in dem der Eigentümer die Leistung des „Werkes" der Eigentumsübertragung verspräche[19]). Die anderen Vertragstypen des BGB scheiden bei der Lage des Vertrages aus näherer Erörterung aus: der Vertrag ist ein pactum sui generis. Der eine Teil verpflichtet sich, ein Gestaltungsrecht auszuüben, der andere, als Gegenleistung eine Geldsumme zu zahlen.[20]) Beide Verpflichtungen stehen im Synallagma, es liegt ein gegenseitiger Vertrag vor: Der berufene Erbe ist verpflichtet, auszuschlagen, berechtigt, die Geldsumme zu fordern; sein Vertragsgegner ist berechtigt, die Ausschlagung zu verlangen, verpflichtet, die Zahlung zu gewähren.

Der Vertrag verstößt keineswegs wider die guten Sitten. Mag einem auch bei flüchtiger Betrachtung eine Verpflichtung zu einer Erbschaftsausschlagung besonders im Hinblicke darauf, daß diese dann im Wege der Zwangsvollstreckung muß erzwungen werden können, bedenklich erscheinen, so würde

[19]) Wenn Dernburg, Bürg. R. II, S. 490, lehrt, daß Gegenstand des Werkvertrages die Vollziehung rechtlicher Handlungen sein kann, so müssen wir diese Auffassung — sofern sie sich nicht auf andere als den behandelten Fall beziehen soll (?) — ablehnen.

[20]) Die Existenz solcher Verträge erwähnt Seckel. S. 237.

man doch hier zu weit gehen, etwa in der Eingehung einer solchen Verpflichtung eine unzulässige Beschränkung des Erben zu sehen. Das Gesetz selbst sanktioniert einen zur Ausschlagung verpflichtenden Vertrag unter gesetzlichen Erben im § 312 II sogar schon bei Lebzeiten des Erblassers. Erscheint aber dieser Vertrag nicht als wider die guten Sitten verstoßend, so kann das auch bei dem Vertrage nicht der Fall sein, der nach dem Tode des Erblassers geschlossen ist — auch wenn die vertragschließenden Parteien nicht gesetzliche, sondern testamentarische oder vertragliche Erben sind.

Zweiter Abschnitt.

Der Ausschlagungsvertrag ist nicht nach Analogie des Verkaufsvertrages (Erbschaftskaufes) zu behandeln.

Im ersten Abschnitt haben wir die Frage behandelt: Liegt in dem Vertragsabschluß eine (Annahme verbunden mit einer) Verpflichtung zur Uebertragung der Erbschaft und finden infolgedessen die Vorschriften über den Erbschaftskauf (§§ 2371 BGB ff.) Anwendung? Jetzt gehen wir von der gewonnenen Grundlage aus und fragen: Sind Vorschriften des Erbschaftskaufes anwendbar, obwohl ein Erbschaftskauf nicht vorliegt? Oben fragten wir: Ergibt sich die Anwendung der Vorschriften unmittelbar, weil der Vertrag unter den Typus „Erbschaftskauf" fällt? Jetzt fragen wir: Finden die Vorschriften, da dies nicht der Fall ist, keine Anwendung auf den Ausschlagungsvertrag, oder lassen sich vielleicht dennoch Rechtssätze des Erbschaftskaufes auch auf unseren -- dem Erbschaftskauf in manchen Beziehungen ähnlichen — Vertrag analog anwenden, wie dies auch von Hellwig aaO — implicite — befürwortet wird?

Wir wollen, um einen Ueberblick zu gewinnen, zunächst an der Hand des Gesetzes festzustellen suchen, welche Vorschriften der §§ 2371—2385 überhaupt für eine Analogie in Betracht kommen, d. h. wie weit bei im einzelnen ähnlichen Rechtslagen sich zunächst eine verschiedene Entscheidung beim Vorliegen eines Ausschlagungsvertrages und eines Erb-

schaftskaufes ergibt und wieweit die Möglichkeit besteht, durch analoge Anwendung der Regeln vom Erbschaftskauf auf den Ausschlagungsvertrag eine gleiche rechtliche Behandlung entsprechender Tatbestände zu erzielen.

§ 5. Erstes Kapitel.

Die Durchführbarkeit einer analogen Anwendung der Vorschriften für den Erbschaftskauf (§§ 2371 ff. BGB) auf den Ausschlagungsvertrag.

§ 2371.

Ein Vertrag, durch den der Erbe die ihm angefallene Erbschaft verkauft, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

Die Analogie ist vollkommen durchführbar: Ein Vertrag, durch den der Erbe sich verpflichtet, die ihm angefallene Erbschaft auszuschlagen, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Ohne den Analogieschluß bedarf dieser Vertrag keiner Form, da grundsätzlich das Prinzip der Formlosigkeit der Verträge im BGB herrscht.

§§ 2372—2381.

Diese Paragraphen regeln die Rechtsverhältnisse zwischen Käufer und Verkäufer. Bevor wir in die Prüfung eintreten, wieweit diese Vorschriften analog angewendet werden könnten auf die Rechtsverhältnisse zwischen dem die Erbschaft erwerbenden und dem ausschlagenden Erben, sind zwei Vorbemerkungen zu machen. Erstens: Die Vorschriften sind dispositiver Art; das spricht aber an sich nicht gegen ihre Uebertragbarkeit auf ähnliche Rechtstatbestände. Die dispositive Vorschrift wird dann eben mit allen ihr innewohnenden Vorbehalten zugunsten des Parteiwillens als ius dispositivum übertragen. Zweitens: Es handelt sich nur um obligatorische Beziehungen inter partes. Die dingliche Rechtslage erkennen wir in jedem Falle aus den rein erbrechtlichen Vorschriften. Da nun beim Erbschaftsverkauf der die Erbschaft Aufgebende Erbe bleiben, beim Ausschlagungsvertrage dagegen der Erwerber der Erbschaft Erbe werden soll, so wird in einigen Fällen nach

der Ausschlagung dem Erwerber der Erbschaft schon — kraft ius cogens — zu dinglichen Rechten zustehen, was ihm beim Erbschaftskauf erst durch besonderen Akt übertragen werden muß. wozu dann die betreffende Vorschrift die Verpflichtung — durch ius dispositivum — ausspricht. So gleich im § 2372.

§ 2372.

Die Vorteile, welche sich aus dem Wegfall eines Vermächtnisses oder einer Auflage oder aus der Ausgleichungspflicht eines Miterben ergeben, gebühren dem Käufer.

Fällt, wenn ein Ausschlagungsvertrag vorliegt, ein Vermächtnis oder eine Auflage fort oder ergibt sich aus der Ausgleichungspflicht eines Miterben ein Vorteil, so kommt dieser ohne weiteres dem Erben, also demjenigen, der gemäß dem Vertrage die Erbschaft erwirbt, zugute. Der Gedanke des § 2372 ist also beim Ausschlagungsvertrag erfüllt, o h n e d a ß e s n o c h e i n e s A n a l o g i e s c h l u s s e s b e d ü r f t e.

§ 2373.

Ein Erbteil, der dem Verkäufer nach dem Abschlusse des Kaufes durch Nacherbfolge oder infolge des Wegfalls eines Miterben anfällt, sowie ein dem Verkäufer zugewendetes Vorausvermächtnis ist im Zweifel nicht als mitverkauft anzusehen. Das gleiche gilt von Familienpapieren und Familienbildern.

1. Fällt nach Abschluß des Ausschlagungsvertrages vor der Ausschlagung ein Erbteil durch Nacherbfolge oder Wegfall eines Miterben dem Erben an, so k a n n eine Analogie aus § 2373 insoweit i n B e t r a c h t k o m m e n, als dann im Zweifel nur eine Verpflichtung zur Ausschlagung der übrigen Erbteile bestehen könnte. Voraussetzung wäre, daß die Berufung zu den mehreren Erbteilen auf verschiedenen Gründen im Sinne des § 1951 beruht. Ist dies nicht der Fall, also die Annahme eines und die Ausschlagung eines anderen Erbteils nicht möglich, so könnte die Analogie nichts nützen. In solchem Falle müßte man, wenn notwendig, auf andere Weise (vielleicht § 119 II oder § 812 BGB) zu helfen suchen.

Ist zur Zeit des Anfalls des neuen Erbteils die Ausschlagung bereits erfolgt, so ergibt sich, falls die Berufung auf verschiedenen Gründen beruht, die Frage, ob die Ausschlagung sich auf alle Erbteile erstreckt hat. Für die Entscheidung

darüber wäre der — nicht nur auf verschiedene Berufungsgründe, sondern auch auf verschiedene Erbteile anwendbare — § 1949 II maßgebend, wonach sich die Ausschlagung „im Zweifel" auf alle dem Erben zur Zeit der Erklärung bekannten Berufungsgründe — also auch Erbteile — erstreckt. Diese Auslegungsregel könnte durch einen Hinweis auf § 2373 nicht entkräftet werden.

2. Was das Vorausvermächtnis anlangt, so ist zu bemerken, daß dies von der Erbschaft völlig unabhängig ist. Der Erbe kann — im Zweifel — die Erbschaft annehmen und das Vorausvermächtnis ausschlagen und umgekehrt. Verpflichtet er sich zur Ausschlagung der Erbschaft, so verpflichtet er sich damit noch nicht zur Ausschlagung des Vermächtnisses. Das ist so selbstverständlich, daß die — durchaus mögliche — Analogie aus § 2373 zur Begründung nicht nötig ist.

3. Im Falle der Familienpapiere und Familien-Bilder endlich ist eine Analogie beim Ausschlagungsvertrag nicht möglich. Diese Dinge kommen dem endgültigen Erben als Erbschaftsgegenstände zu. Sie können kraft Gesetzes in keinem Falle bei dem Ausschlagenden verbleiben. Ein Bedürfnis dazu liegt auch gar nicht vor. Beim Erbschaftskauf hat die Vorschrift ihren Sinn darin, daß derartige Gegenstände nicht an eine dem Erblasser völlig fremde Person fallen sollen. Bei einer Erbschaftsausschlagung wird aber in aller Regel der darauf Berufene noch zu dem Erblasser in einem näheren Verhältnis stehen.

§§ 2374—2376.

Diese Vorschriften regeln die Verpflichtungen des Verkäufers betr. die herauszugebenden Erbschaftsgegenstände und die Mängelhaftung. Sie sind für die Frage einer Analogie ohne weiteres auszuscheiden. Der Ausschlagende hat Erbschaftsgegenstände überhaupt nicht notwendig herauszugeben. Hat er solche als provisorischer Erbe im Besitze, so bestimmen sich seine Pflichten (und Rechte) nach den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch bzw. Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 2018 ff, § 1959) ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des Ausschlagungsvertrages. Für die Erfüllungspflicht

des Ausschlagenden gelten die allgemeinen Grundsätze. Hatte er z. B. bereits angenommen, so greifen die §§ 306, 307 ein. Grundsätze des Kaufvertrages können hier keine Anwendung finden, weil der Gegenstand des Vertrages ein Handeln ist.

§ 2377.

Die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse gelten im Verhältnisse zwischen dem Käufer und dem Verkäufer als nicht erloschen. Erforderlichen Falles ist ein solches Rechtsverhältnis wieder herzustellen.

Auch diese Vorschrift kommt für den Ausschlagungsvertrag der Natur der Sache nach nicht in Betracht, denn wenn der Anfallserbe Verbindlichkeiten zum Nachlaß hat und nicht Erbe wird, gelten diese Verbindlichkeiten schon aus diesem Grunde als nicht erloschen.

§ 2378—2381.

Diese Paragraphen handeln von den Verpflichtungen des Erbschaftskäufers gegenüber dem Verkäufer. Die Hauptverpflichtung des Käufers jedoch, nämlich die, den Kaufpreis zu zahlen, ist naturgemäß in diesen Abschnitt nicht aufgenommen, da sie sich aus den allgemeinen Vorschriften über Schuldverpflichtungen und den besonderen über die Pflichten des Käufers aus dem Kaufvertrag bereits ergeben. Obwohl nun auch beim Ausschlagungsvertrag gegen Entgelt die Hauptverpflichtung des Erwerbers der Erbschaft auf Leistung der vertraglich bedungenen Summe geht, d. h. der Hauptverpflichtung beim Erbschaftskaufe vollkommen gleich ist, kann dennoch darum eine analoge Anwendung der §§ 2378—2381 nicht in Betracht kommen. Denn diese sprechen eben nicht von der Hauptverpflichtung, sondern von Nebenverpflichtungen, die in unmittelbarem Zusammenhang damit stehen, daß der verkaufte Gegenstand eine Erbschaft ist und — im § 2378 — mit der Tatsache, daß der Verkäufer Erbe bleibt. Im einzelnen sei bemerkt:

§ 2378.

Der Käufer ist dem Verkäufer gegenüber verpflichtet, die Nachlaßverbindlichkeiten zu erfüllen, soweit nicht der Verkäufer nach § 2376 dafür haftet, daß sie nicht bestehen.

Hat der Verkäufer vor dem Verkauf eine Nachlaßverbindlichkeit erfüllt, so kann er von dem Käufer Ersatz verlangen.

Die ratio des ersten Absatzes beruht auf der Weiterhaftung des Verkaufenden. Der Ausschlagende haftet den Nachlaßgläubigern nicht. (Vgl. unsere Bemerkungen zu den §§ 2382, 2383). Mit dieser Verschiedenheit seiner Stellung entfällt die Möglichkeit einer analogen Anwendung der Vorschrift.

Die im zweiten Absatz behandelte Frage ist für die nach einer Ausschlagung möglicherweise eintretende Rechtslage durch § 1959 zwingend geregelt.

§§ 2379—2380.

§ 2379.

Dem Verkäufer verbleiben die auf die Zeit vor dem Verkaufe fallenden Nutzungen. Er trägt für diese Zeit die Lasten, mit Einschluß der Zinsen der Nachlaßverbindlichkeiten. Den Käufer treffen jedoch die von der Erbschaft zu entrichtenden Abgaben sowie die außerordentlichen Lasten, welche als auf den Stammwert der Erbschaftsgegenstände gelegt anzusehen sind.

§ 2380.

Der Käufer trägt von dem Abschlusse des Kaufes an die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung der Erbschaftsgegenstände. Von diesem Zeitpunkt an gebühren ihm die Nutzungen und er trägt die Lasten.

1. Die Nutzungen und Lasten der Erbschaft liegen im Falle des Ausschlagungsvertrages — sowohl für die Zeit vor dem Vertragsabschluß wie für die Zeit nachher — bei dem Erwerber der Erbschaft, dem Erben. Ein Unterschied gegenüber der Regelung beim Erbschaftskauf besteht demnach für die Zeit vor dem Vertragsabschluß. Denkbar wäre also eine Analogie dahin, daß der Erbe verpflichtet ist, die Nutzungen vor dem Vertragsabschluß dem Ausschlagenden zu ersetzen, wofür er die entsprechenden Lasten zu tragen hätte.

2. Ein Gefahrübergang kann beim Ausschlagungsvertrag gar nicht stattfinden, da keine Erbschaftsgegenstände über-

eignet werden. Die Gefahr betr. die in der Erbschaft enthaltenen Gegenstände ist nie beim Ausschlagenden gewesen.

§ 2381

regelt den Ersatz von Verwendungen. Hier greift bei einer Ausschlagung wieder § 1959 zwingend ein.

Die

§§ 2382, 2383

regeln die Haftung des Erbschaftskäufers gegenüber den Nachlaßgläubigern. Der Käufer haftet neben dem verkaufenden Erben vom Vertragsabschluß an. Eine unmittelbare analoge Anwendung dieser Vorschriften auf den Ausschlagungsvertrag verbietet sich schon deshalb, weil der Erwerber der Erbschaft hier als Erbe gemäß den allgemeinen Vorschriften ohne weiteres, der Ausschlagende dagegen gar nicht haftet.

Einer genaueren Untersuchung jedoch bedarf die Frage, ob nicht der den Haftungsbestimmungen zu Grunde liegende allgemeine Gedake einer Uebertragung auf den Ausschlagungsvertrag fähig ist, sei es, daß man glaubt, auch mittels einer so weitgehenden Analogie auf dem Boden geltenden Rechte stehen zu bleiben, sei es, daß man an eine Uebertragung jenes Gedankens de lege ferenda denkt[21]). Die Beantwortung dieser Frage ist von besonderer Wichtigkeit, da es sich in den Haftungsbestimmungen, die leicht auch von großer wirtschaftlicher Tragweite sein können, im Gegensatz zu den bisher behandelten Rechtssätzen (mit einer Ausnahme) um ius cogens handelt.

Der Grundgedanke der vorliegenden Paragraphen ist der folgende: Verkauft ein Erbe die Erbschaft, so bleibt er Erbe; der Verkauf hat also auf sein Haftungsverhältnis gegenüber den Nachlaßgläubigern keinen Einfluß. Und das ist auch nicht unbillig; denn er erhält ja ein Entgelt von dem Käufer, hat

[21]) Auch unter diesem ev. Gesichtspunkte ist eine Entscheidung für uns zur Erkenntnis der übereinstimmenden und voneinander abweichenden Einzelheiten in der Grundstruktur beider Verträge von Bedeutung.

also nach wie vor den Genuß der Erbschaft.[22]) Auch behält er immer die Möglichkeit, die Beschränkung seiner Haftung nach den allgemeinen Vorschriften herbeizuführen. Das Gesetz will nun aber — soweit als möglich — für die Zeit nach dem Verkaufe die Beziehungen lösen, die den Verkäufer mit der Erbschaft verbinden. Darum läßt es auch den Käufer den Nachlaßgläubigern haften, ja es geht sogar soweit, dem Käufer auch im Innenverhältnis zwischen ihm und dem verkaufenden Erben die Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten aufzuerlegen. Auch das ist natürlich nicht unbillig, da der Kaufpreis sich dementsprechend höher gestalten muß.[23]) Was aber die Stellung der Nachlaßgläubiger anlangt, so will das Gesetz, daß sie sich an beide — Verkäufer und Käufer — halten können.

Uebertragen wir diese Gedankengänge auf die Rechtslage beim Ausschlagungsvertrage. Wie später noch genauer zu zeigen sein wird[24]), kann der Abschluß des Verkaufsvertrages für die Frage der Haftung unmittelbare Bedeutung haben, da sich aus ihm eine Annahme der Erbschaft ergeben kann. Anders beim Ausschlagungsvertrag! Hier kann sich die Nichthaftung des sich zum Verzicht auf die Erbschaft Verpflichtenden nie durch den Vertragsabschluß ergeben, da erst die Ausschlagung selbst über das Erbe-Sein oder Nichtsein entscheidet. Aber sehen wir zunächst einmal von dieser Differenz ab und betrachten wir die Lage nach der Ausschlagung! Wieder ist der, der die Erbschaft aufgibt, im Besitz des Entgeltes und somit im Genuß der Erbschaft. Aber der ausschlagende Erbe haftet nicht, denn in Wahrheit ist er nicht Erbe. Dagegen haftet der Erwerber als Erbe, und zwar er allein. Erschien es uns beim Erbschaftskauf schon zweckmäßig, den Käufer kraft be-

---

[22]) Hat er die Erbschaft verschenkt, so liegt gleichfalls in seiner Forthaftung keine Unbilligkeit. Zur Begründung dessen könnte man z. B. an den in der Strafrechtswissenschaft ausgeprägten Gedanken des „ideellen Gegenwertes“ denken.

[23]) Bei der Schenkung ist die Haftung des Beschenkten dadurch gerechtfertigt, daß er als einziger von der Erbschaft etwas „Materielles“ in Händen hat.

[24]) § 11 der Arbeit.

sonderen Gesetzesausspruchs haften zu lassen, der doch nur die Erbschaft minus das Entgelt hat, so könnte es nun — immer unter der Bedingung, daß man überhaupt eine analoge Uebertragung von Regeln des Erbschaftskaufs auf den Ausschlagungsvertrag für möglich hält, was wir bei dieser Prüfung der Durchführbarkeit einer Analogie stets vorausgesetzt haben — mehr als billig erscheinen, nach einer Ausschlagung gegen Entgelt entsprechend eine besondere Haftung des Ausschlagenden, der das Entgelt, d. h. meist annähernd den Wert der Erbschaft in ungeschmälerten Besitz hat, gegenüber den Nachlaßgläubigern festzustellen. Auf diese Weise wäre auch für diesen Fall, wie beim Erbschaftskauf, eine Nebeneinanderhaftung beider Kontrahenten nach außen statuiert.

Ist nun eine solche analoge Anwendung der Vorschriften von der Haftung beim Erbschaftskauf möglich?

Diese Frage ist unseres Erachtens zu verneinen, und zwar, was eine veränderte Behandlung des Ausschlagungsvertrages anlangt, aus den bereits gestreiften Gründen. Würde man dem Abschluß des Ausschlagungsvertrages Wirkungen verleihen, die über die Verpflichtungen inter partes hinausgehen, so würde man im Erfolg die Ausschlagung, die zwar auch gegen Gewährung eines Entgelts, aber ohne Vorliegen eines Vertrages erfolgt, vor der auf Grund des Vertrages erzwingbaren privilegieren, obwohl in beiden Fällen doch die gleiche Ausschlagung mit den gleichen Wirkungen erreicht wird. Beim Erbschaftskauf liegt die Möglichkeit einer solchen abweichenden Behandlung gleicher Rechtstatbestände aus dem Grunde nicht vor, weil die Gleichheit der entsprechenden Tatbestände fehlt. Wollte man nämlich die Wirkungen des Erbschaftskaufes dadurch erreichen, daß man alle Erbschaftsgegenstände — ohne zu Grunde liegenden Erbschaftskaufvertrag — dem Käufer übereignet bzw. überträgt, dieser auch alle Verbindlichkeiten übernimmt, so würde man dadurch noch keineswegs alle Wirkungen des Erbschaftskaufvertrages ebenso restlos erreichen, wie das bezüglich der Folgen der kraft Vertrages erfolgenden Ausschlagung zutrifft, wenn man ohne vorliegenden Vertrag ausschlägt.

Aus diesen Gründen ist es unmöglich, dem Abschluß

des Ausschlagungsvertrages Wirkungen für eine Haftung des Ausschlagenden gegenüber den Nachlaßgläubigern beizulegen.

Eine weitere Frage ist die, ob man vielleicht — hier sprechen wir sicherlich nur de lege ferenda — einen Rechtssatz schaffen sollte: Wer eine Erbschaft ausschlägt und dafür ein Entgelt erhält, haftet den Nachlaßgläubigern in Höhe dieses Entgelts. Die Entscheidung hierüber ist für uns unerheblich und mag dahingestellt bleiben. Zwar würde damit eine Norm vom Rechte des Erbschaftskaufes übertragen werden, aber nicht auf den Ausschlagungsvertrag, sondern auf die Ausschlagung.

§ 2384

setzt eine Pflicht zur Anzeige des Verkaufs der Erbschaft an das Nachlaßgericht fest. Eine Ausdehnung dieser Vorschrift auf den Ausschlagungsvertrag ist möglich, aber zwecklos. Erfolgt die Ausschlagung, so muß diese doch dem Gerichte gegenüber erklärt werden, erfolgt sie aber nicht, so hat die Kenntnis von der eingegangenen Verpflichtung für das Nachlaßgericht kaum Interesse.

§ 2385 Abs. I.

Die Vorschriften über den Erbschaftskauf finden entsprechende Anwendung auf den Kauf einer von dem Verkäufer erworbenen Erbschaft sowie auf andere Verträge, die auf die Veräußerung einer dem Veräußerer angefallenen oder anderweit von ihm erworbenen Erbschaft gerichtet sind.

In diesem Absatz ist der Verkauf der Erbschaft gegenübergestellt anderen Verträgen, die auf die Veräußerung einer dem Veräußerer angefallenen Erbschaft gerichtet sind, z. B. dem Erbvergleich. Will man nun den Ausschlagungsvertrag gegen Entgelt dem Erbschaftskauf analog behandeln, weil er gerade mit ihm große Aehnlichkeiten aufzuweisen hat, so wird man richtiger von einer unmittelbaren Analogie zu den §§ 2371 ff. sprechen als auf § 2385 verweisen, schon weil man bei einer Prüfung der „entsprechenden" Anwendung doch sogleich auf die einzelnen Bestimmungen eingehen müßte, wie wir das im vorstehenden getan haben.

Der zweite Absatz handelt von der Erbschaftsschenkung, bleibt also, da wir nur von dem Ausschlagungsvertrag gegen Entgelt handeln, außer Betracht.

Ziehen wir das Fazit dieser Uebersicht, so sind unter den dispositiven Bestimmungen des Abschnittes „Erbschaftskauf" des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur vereinzelte, die der rechtlichen Behandlung des Ausschlagungsvertrages durch Analogien nutzbar gemacht werden können, von den wichtigsten zwingenden Rechtsvorschriften vertragen die betr. der Haftung eine entsprechende Anwendung nicht, dagegen kann die Formvorschrift des § 2371 ohne Schwierigkeiten übertragen werden.

Unsere weiteren Auseinandersetzungen werden nun die beiden Verträge in ihrer Grundstruktur gegenüberstellen müssen, und wir werden so ein Bild gewinnen, ob die analoge Anwendung von Vorschriften des einen auf den anderen — in den fetsgestellten Grenzen — richtig erscheint. Wir werden weiterhin unser Augenmerk insbesondere auf die Uebertragbarkeit der Formvorschrift richten. Denn die Beantwortung dieser Frage entscheidet entgültig über den rechtlichen Bestand des — formlos geschlossenen — Vertrages.

Zweites Kapitel.

Allgemeine Entscheidung über die Analogie.

Erster Teil:

Die Erbschaftsausschlagung als Vermögensverminderung.

Hellwig bezeichnet unseren Vertrag als einen „Umweg" des Erbschaftskaufes. Es ist aus dem Zusammenhange zu entnehmen, daß Hellwig auch in gewissem Umfange für die analoge Behandlung des Vertrages eintritt. Er bemüht sich — im wesentlichen um die Anfechtbarkeit der Ausschlagung durch Gläubiger oder Konkursverwalter zu begründen — die Gleichartigkeit der Bedeutung der Ausschlagung mit der infolge eines Erbschaftsverkaufes eintretenden Vermögensverminderung zu beweisen. Da auch für die Prüfung der Richtigkeit eines Analogieschlusses die erstrebten Folgen beider Verträge zu vergleichen notwendig ist, so haben wir festzustellen, ob in der Ausschlagung einer Erbschaft eine Vermögensverminderung liegt, wie das zweifellos ist bei den

infolge des Erbschaftsverkaufes vorgenommenen dinglichen Rechtsänderungen.

Wir wollen daher nunmehr Hellwigs Begründung für seine -- die Vermögensverminderung bejahende — Ansicht darlegen und einer eingehenden Kritik zu unterziehen suchen.

„Die Erbschaft geht auf den berufenen Erben unbeschadet des Rechtes über, sie auszuschlagen (Anfall der Erbschaft) § 1942 I BGB. — „Wird die Erbschaft ausgeschlagen, so gilt der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt." § 1953 I BGB." — Die Wirkung dieser Vorschriften präzisiert das RG wie folgt:[25]) Nach den erbrechtlichen Bestimmungen gehört die Erbschaft vor der Annahme nicht zum Vermögen des Erben".[26]) Durch die Ausschlagung einer Erbschaft wird aus dem Vermögen (des Ausschlagenden) nichts veräußert, weggegeben oder fortgegeben." Gegen diese Ansicht vertritt Hellwig[27]) die folgende: „Die Erbschaft gehört vom Erbfall an dem Erben. Diese Vermögensvermehrung macht er zur endgültigen, wenn er annimmt; er gibt sie auf, wenn er ausschlägt." . . . . „Die Ausschlagung ist eine Rechtshandlung, durch die der Erbe sein Vermögen vermindert."

Von diesem Ausgangspunkt aus kommt dann Hellwig zu dem Ergebnis, daß die Ausschlagung gegen Entgelt die gleichen Wirkungen hat wie ein Erbschaftskauf oder genauer wie die -- die Erfüllung des Erbschaftskaufes seitens des Erben darstellende — Uebereignung der Erbschaftsgegenstände, womit ein Argument für die analoge Behandlung der Verträge gewonnen ist.

Das RG umgekehrt muß von seinem Ausgangspunkte zu der Ansicht kommen: Während der Erbschaftskaufvertrag eine Vermögensverminderung auf Seiten des Erben vorbereitet, bezweckt der den Erben zur Ausschlagung verpflichtende Vertrag nicht eine Minderung seines Vermögens. Dieser grundsätzliche Unterschied spricht gegen eine analoge Behandlung.

---

25) Bd. 54 S. 293.

26) S. 297.

27) Festg. f. v. M. S. 177.

Zu diesen gegensätzlichen Ansichten wollen wir nunmehr Stellung zu nehmen suchen, denn wir stimmen mit ihnen insoweit überein, als eine analoge Behandlung nur denkbar ist, wenn auch die Folge der Ausschlagung eine Vermögensverringerung ist, dadurch also eine gewisse auch wirtschaftliche Gleichheit beider Geschäfte gegeben ist.[28]) Zur Beantwortung dieser Frage aber müssen wir nunmehr die Bedeutung des Anfalles der Erbschaft und die Wirkung der Ausschlagung im einzelnen betrachten.

§ 6. Anfall und Ausschlagung einer Erbschaft in der historischen Entwickelung.

Zuerst soll uns ein historischer Ueberblick die Stellung des BGB in der geschichtlichen Entwicklung des Rechtes vor Augen führen.

Im römischen Zivilrecht erwerben die heredes domestici (unter ihnen von besonderer Bedeutung die sui) die Erbschaft ipso iure ohne die Möglichkeit einer Ausschlagung. Als Grund führt Paulus[29]) an: „in suis heredibus continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse". Erst der Praetor gab ihnen ein beneficium abstinendi. Dieser Erbschaftserwerb bildete aber nicht den regelmäßigen, er war vielmehr eine Ausnahme von dem grundsätzlichen Erwerb durch besonderen Erwerbsakt. Im Gegensatze zu den domestici erwarben die heredes extranei durch eine Antretungshandlung, aditio hereditates. Zwischen dem Anfall und der aditio lag die hereditas iacens. — Dies System ist auch das des gemeinen Rechtes geworden.

Einen im Grundsatze entgegengerichteten Erbschaftserwerb hat das deutsche Recht ausgebildet. „Aus der ursprünglichen Gestalt der Hausgemeinschaft, in der die Kinder bereits als Teilhaber erscheinen, deren anwartschaftliches Recht am Hausvermögen mit dem Wegfall des Familienoberhauptes in

---

[28]) Zur Vermeidung von Mißverständnissen bemerken wir schon jetzt, daß Hellwig keineswegs von einer nicht juristisch nachweisbaren wirtschaftlichen Gleichheit spricht, sondern nur von einer auch konstruktiv aufzeigbaren.

[29]) Zitiert bei Hoelder, S. 79.

gegenwärtiges Recht übergeht, hat sich der Satz des deutschen Rechtes entwickelt: Der Tote erbt den Lebendigen."[30]) D. h. jeder Erbe erwirbt die Erbschaft ipso iure mit dem Erbfall. Auch dem germanischen Erben hat die Fortentwicklung des Rechts — ähnlich wie dem heres suus des römischen Rechts — dann die Möglichkeit der Ausschlagung gegeben.[30a]) — Diesen Grundgedanken des germanischen Erbrechts finden wir wieder im französischen Recht (le mort saisit le vif)[31]), insbesondere im code civil (Badischen Landrecht) und auch im ALR.

Das BGB hatte die Wahl zwischen dem Prinzip des ipso iure Erwerbes und des Erwerbes durch Antretung. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß es das deutsche System wählen wollte und gewählt hat. Mit vollem Recht weist Hellwig[32]) zum Beweise dessen auf die Motive hin. Die Motive sagen zu § 2025 Entw. expressis verbis, daß die Grundauffassung des BGB der Uebergang kraft Gesetzes sein soll; zum Ueberfluß wird noch ausdrücklich aus das ALR und den Erwerb der sui im gemeinen Rechte aufmerksam gemacht. Die Motive weisen zwar auch darauf hin, daß bei dem Erwerb kraft Gesetzes dem Willen des Erben die ihm zukommende Bedeutung nicht entzogen werden darf, sie wollen aber damit nur das bereits in den germanischen Grundgedanken aufgenommene Institut der Ausschlagungsmöglichkeit rechtfertigen und begründen.

Wenn nun von verschiedenen Seiten scharf betont wird, daß das BGB uns eine ganz neue Erbschaftskonstruktion gebracht hat[34]), so ist das nur in dem Maße richtig, daß das BGB natürlich keine Wiedererweckung eines rein germani-

[30]) v. Gierke, § 115.

[30a]) Eine nähere Vergleichung des römischen und des germanischen Ausschlagungsrechtes bringen wir in einem Anhang.

[31]) Dieser Satz bezieht sich auf die Erlangung der Gewerbe, nicht auf den Eigentumserwerb, drückt damit aber auch den Grundgedanken der ipso iure mit dem Erbfall eintretenden Rechtsfolgen aus.

[32]) aaO, S. 162.

[33]) Mugdan, zu § 2025, S. 259.

[34]) So z. B. Jacobsen, S. 9.

schen Erbrechtssystems bedeuten kann! Wenn P. Wolff[35]) anführt, daß heute der Wille des Erblassers und des Erben und nicht mehr „die naive Anschauung vom geborenen, göttlich bestimmten, notwendigen Erben" für maßgeblich erachtet wird, so ist diese historische Reminiszenz für die Interpretation des BGB ebenso bedeutungslos, wie wenn Meidner[36]) hervorhebt, daß die Vereinigung von ipso iure Erwerb und Ausschlagung heute ein einheitliches System bilden und nicht wie in der Entwicklung des germanischen Rechts aus entgegengesetzten Gedankenreihen sich einander verbinden.

Die Tatsache, daß heute der Grundsatz gilt: Der Tote erbt den Lebendigen, wird nun zwar in der Literatur nirgends bestritten, wohl aber scheut man sich vielfach, die notwendigen Folgerungen aus diesem Grundgedanken zu ziehen, behauptet ein ausgedehntes einheitliches Beschränkungssystem des Satzes und macht letzten Endes eigentlich dieses zum wahren System des BGB, den klaren Willen des Gesetzes verkennend.

Den wahren Willen des Gesetzes wollen wir nun im folgenden an der Hand des BGB darzulegen versuchen!

§ 7. Der Anfall der Erbschaft als Vermögensvermehrung.

I. „Als System des Gesetzes erscheint, daß nach dem Tode des Erblassers zunächst nur ein vorläufiger Erwerb der Erbschaft stattfindet, und daß erst die wirkliche oder fingierte Annahme ihm endgültige Bedeutung verleiht."[37]) — Erwerb der Erbschaft im Rechtssinne heißt Erwerb aller zur Erbschaft gehörenden Rechte. Fassen wir nun z. B. die Gegenstände ins Auge, an denen das umfassendste Recht, das Eigentum, besteht, so heißt hier Erwerb: Eigentumserwerb. Es bestehen nun logischer Weise zwei Möglichkeiten: Entweder erwirbt der Erbe mit dem Erbfall das Eigentum an den eigentumsfähigen Gegenständen — oder er erwirbt es nicht. Wenn

---

[35]) S. 32.
[36]) S. 57.
[37]) RG aaO. S. 292.

nun das RG von vorläufigem Erwerb spricht, so sollte man meinen, daß vorläufiger Eigentumsübergang eben vorläufig, d. h. doch zum mindesten für den diese „vorläufige" Wirkung hervorrufenden Augenblick des Erbfalls, Eigentum verschafft. In einer anderen Reichsgerichtsentscheidung finden wir ausdrücklich betont:[38]) „Zu einer Eigentumsübertragung gehört nur, daß der Erwerber Eigentümer werde, nicht, daß er es bleibe." In der oben zitierten Entscheidung glaubt es das Reichsgericht jedoch mit dem vorläufigen „Erwerb" vereinen zu können, daß dennoch „nach den erbrechtlichen Bestimmungen die Erbschaft vor der Annahme nicht zum Vermögen des Erben gehört".[39])

Dieser logische Widerspruch löst sich nur dadurch auf, daß das RG in Wirklichkeit auch den vorläufigen Erwerb der Erbschaft, überhaupt jeden Erwerb leugnet. Denn seine Ansicht, daß die Erbschaft vor der Annahme nicht zum Vermögen des Erben gehört, wird von ihm ausführlich begründet. Das RG versucht zu zeigen, wie dieses System nicht nur in den erbrechtlichen Bestimmungen des BGB enthalten sei, sondern wie es sich auch in verschiedenen sonstigen Vorschriften des BGB und anderer Reichsgesetze wiederspiegele.

II. Folgen wir ihm zunächst in der Prüfung dieser Vorschriften!

1. Nach § 517 BGB liegt eine Schenkung nicht vor, „wenn jemand zum Vorteil eines anderen einen Vermögenserwerb unterläßt oder auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet oder eine Erbschaft oder ein Vermächtnis ausschlägt" — „durch diese letztere Vorschrift wird der Begriff der Bereicherung aus dem Vermögen nach seiner negativen Seite hin bestimmt. Schon nach den erbrechtlichen Bestimmungen (vgl. oben) gehört die Erbschaft vor der Annahme nicht zum Vermögen des Erben." Die Vorschrift des § 517 hat nur ihren Grund darin, etwaigen Zweifeln

[38]) Bd. 2, S. 171.
[39]) Bd. 54, S. 293.

zu begegnen. Soweit das RG[40])[41]). Der § 517 regelt vier verschiedene Fälle. Bei dem ersten Fall — Unterlassen eines Vermögenserwerbs — liegt der legislative Grund der Vorschrift allerdings darin, daß eine — zum Begriff der Schenkung wesentliche — Vermögensminderung nicht vorliegt. Es ist nun keineswegs notwendig, daß auch die folgenden Fälle — Verzicht auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht und Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses[42]) — mit dem ersten in bezug auf die theoretische Grundlage übereinstimmen. Es folgt aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht zwingend, daß auch die Ausschlagung einer Erbschaft darum in diesen Paragraphen aufgenommen ist, weil in ihr keine Vermögensverminderung auf Seiten des Ausschlagenden liegt.[43])

Wir sehen in § 517 nicht eine Feststellung, daß infolge der juristischen Natur der Schenkung (Verminderung des Vermögens auf Seiten des Schenkers) alle dort behandelten Fälle nicht unter § 516 fallen. „517 ist kein Rechtsgutachten, sondern bestimmt, daß die dort bezeichneten Fälle kraft besonderen Willens des Gesetzgebers keine Schenkung sein s o l l e n."[44]) Kann es schon zweifelhaft sein, ob stets in dem Unterlassen des Vermögenserwerbes und in dem Verzicht auf ein angefallenes, nicht endgültig erworbenes Recht, keine Vermögensminderung liegt, ob nicht in Rücksicht auf § 252 BGB u. U. eine solche als vorliegend erachtet werden kann, wenn der Erwerb mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, so sind wir überzeugt, daß, die Ausschlagung der Erbschaft anlangend § 517 sagt: Obwohl die Erbschaft nach dem Anfall

---

[40]) S. 293 aaO.

[41]) Aehnlich: Endemann, Bürg.R., Bd.V, S. 343; im Ergebnis ebenso: Staudinger-Kober zu § 517, Planck zu § 1952; Jaeger, der den Paragraphen in der 1. Aufl. des Konkr. eingehend behandelte, verweist jetzt 2. Aufl., S. 241, auf die ERG; ebenso v. Seuffert aaO, Meidner, S. 57, Rüger, S. 405, OLG Naumburg, Sörgel 1902, E. 24. 10. 1901.

[42]) Das Verhältnis dieser beiden Begriffe zueinander berühren wir an späterer Stelle.

[43]) Ebenso Stützel, S. 42 ff.

[44]) Trenkle, S. 56.

zum Vermögen des Erben gehört, die Ausschlagung eine Vermögensverringerung bedeutet, soll die Ausschlagung doch nicht wie eine Schenkung behandelt werden. § 517 ist eine Ausnahmevorschrift, 517 wiederholt nicht den Grundgedanken von 516 und ist daher nicht, wie das RG meint, „entbehrlich". Zweck der Vorschrift ist, den Ausschlagenden von den lästigen Grundsätzen der Fristsetzung bei der Schenkung, des Widerrufs usw. zu befreien[45]). Einen zwingenden Beweis für unsere Ansicht brauchen wir an dieser Stelle noch nicht zu bringen. Es genügt hier festzustellen, daß die Auffassung des Reichsgerichts nicht mit Notwendigkeit aus dem § 517 sich ergibt. Hellwig[46]) sieht den Hauptgrund des § 517 darin, daß meist bei der Ausschlagung keine Annahme, also darum auch keine Schenkung vorliegt. Hiergegen Kipp[47]), dem wir uns voll anschließen. Auch Hellwig, der auch unsere Auffassung der Bedeutung des § 517 nicht pinzipiell ablehnt, verwirft die des RG entschieden. Ebenso teilt Kipp grundsätzlich unsere Ansicht. „517 kann nicht daraus erklärt werden, daß Erbschafts- und Vermächtnis-Ausschlagung keine Minderung des Vermögens bedeuteten. Der § 517 ist eine Ausnahmevorschrift, insofern er aus praktischen Gründen Folgerungen ablehnt, die sich aus der Konstruktion des Erbschafts- und Vermögenserwerbes ergeben könnten."[48])[49])

Neben der logischen Interpretation auch die grammatische zur Unterstützung unserer Ansicht heranzuziehen, wollen wir uns versagen. Betont Drost aaO die alternative Fassung im § 517 „oder", so weist Hellwig aaO nach, daß „oder" auch oft „insbesondere" bedeutet, und wir können noch hinzufügen,

---

[45]) Ebenso Cosack, Bürg. R. I., S. 574; Stampe, S. 422; Drost, S. 46; Trenkle aaO. Weitere s. im Text.

[46]) S. 165.

[47]) Jur. Wochenschr, S. 13.

[48]) Wir glauben „müßten", doch genügt in diesem Zusammenhang für uns „könnten". Auf die von Kipp hier angeschnittene Frage der „konstruktiven Betrachtung" und des „wirtschaftlich praktischen Standpunktes" gehen wir weiter unten ein.

[49]) Auch Oertmann, Planck betonen, daß es sich in 517 um eine Sondervorschrift handelt. Trotz 516, nicht wegen!

daß es wohl auch mitunter dem aneinanderreihenden „und" entspricht, somit vieldeutig ist.

Was die vom RG zitierte Entstehungsgeschichte des BGB anlangt, so bringt der erste Entwurf einen klaren Wortlaut dahin, daß in der Ausschlagung einer Erbschaft keine Vermögensminderung liegt.[50]) Die Motive sind sich aber bewußt, daß sie damit in Gegensatz zu dem ipso iure Erwerb treten. Und wenn es dort heißt: „In einem solchen Verzichte erblickt der Entwurf jedenfalls hier (materiell) keine Veräußerung", so liegt doch in dem „hier" der Hinweis auf ein „anderswo anders". Wenn das RG dieses Wort fortläßt, um seine entgegengesetzte Ansicht zu begründen, so wird dies Verfahren von Hellwig mit Recht beanstandet.[51]) Was aber den Wortlaut des § 439 Entw. anlangt, so gilt eben heute nicht dieser, sondern der anders lautende § 517 BGB. Die Aenderung ist wohl vorgenommen worden, weil man die Rüge Goldschmidts für berechtigt anerkannte,[52]) daß im § 439 Entw. die theoretische Begründung für die dort gegebenen Bestimmungen angeführt wurde.[53]) Theoretische Erläuterungen zu liefern, ist nicht Aufgabe des Gesetzes, sondern soll der Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben. Von dem uns zustehenden Interpretationsrecht haben wir im Sinne unserer Ansicht Gebrauch gemacht:

Es geht aus dem Gesetze nicht hervor, daß der legislatorische Grund des § 517 in dem Nichtvorhandensein einer Vermögensverringerung bei allen dort behandelten Rechtsgeschäften zu suchen ist; mithin ist aus ihm auch kein Argument dafür zu entnehmen, daß in der Ausschlagung einer Erbschaft keine Vermögensverringerung liegt.

---

[50]) § 439 II u. III. Entw.: Eine Vermögensminderung liegt nicht vor, wenn auf ein angefallenes, jedoch nicht erworbenes Vermögensrecht verzichtet oder ein Vermögenserwerb . . . unterlassen wird. — Als Verzicht auf ein angefallenes, jedoch nicht erworbenes Recht gilt die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses."

[51]) aaO., S. 165, Anm. 1.

[52]) S. 188.

[53]) aaO. S. 165, Anm. 1.

2. Sowohl bei der Verwaltungsgemeinschaft, als auch bei der allgemeinen Gütergemeinschaft bedarf die Frau zur Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft nicht der Zustimmung des Mannes. §§ 1406 Nr. 1, 1453. Auch diese Vorschrift beruht nach dem RG auf dem Gedanken, daß vor der Annahme ein Erbschaftserwerb noch nicht vorliegt. Auch hier beruft sich das RG auf die Motive. Doch versagen wir es uns, auch in diesem Falle eine Motivenkritik zu unternehmen, da uns das Gesetz deutlich die Ansicht des RG zu widerlegen scheint. § 1406 Nr. 1 nennt unmittelbar neben Annahme und Ausschlagung der Erbschaft den Verzicht auf den Pflichtteil. Es ist aber unmöglich, zu behaupten, daß auch hier keine Vermögensminderung vorliegt; denn die Pflichtteilsforderung entsteht unzweifelhaft mit dem Erbfall. Hier gibt es keine „Ausschlagung", sondern nur den gewöhnlichen — stets vermögensvermindernden — Verzicht.

Der Grund der §§ 1406 Nr. 1, 1453 liegt darin, daß es sich hier um höchst persönliche Angelegenheiten der Frau handelt, bei denen das Gesetz ihr die Freiheit der Entschließung wahren will. Diesen allgemeinen Grundgedanken finden wir auch in all den Vorschriften der ziterten Paragraphen wieder. Warum gerade § 1406 Nr. 1 eine Ausnahme davon enthalten soll, ist nicht einzusehen.[54])

3. Zum Dritten beruft sich das RG auf § 778 II ZPO, der bestimmt, daß wegen der eigenen Verbindlichkeiten des Erben eine Zwangsvollstreckung in den Nachlaß vor Annahme der Erbschaft nicht zulässig ist.

Diese Bestimmung hängt natürlich mit der Konstruktion des Erbschaftserwerbes im BGB zusammen. Da der Erwerb mit dem Anfall noch nicht unwiderruflich, noch nicht endgültig ist, so sollen bis zur definitiven Erledigung der Erwerbsfrage die klaren Grenzen zwischen den Vermögensmassen, der Erbschaft und dem Vermögen des Erben, nicht verwischt werden. Welche Schwierigkeiten und Umständlichkeiten würden sich

---

[54]) In der Begründung und im Ergebnis ebenso: Hellwig, Kipp, Stampe, Drost aaO, Trenkle, S. 45—55, (Eck)-Leonhard, Vorträge, Bd. II, S. 426/427, Anm. 1. Erbr. zu § 1942 II, Bd. 2, A. A. Endemann, Jaeger, Planck, v. Seuffert, Meidner, OLG Naumburg.

auch ergeben, wenn alle Zwangsvollstreckungsmaßregeln bei Nichtannahme wieder aufgehoben werden müßten! Auf diese Weise erklärt sich die Vorschrift wohl zwangloser als durch die Begründung, daß mit dem Anfall der Nachlaß noch nicht zum Vermögen des Erben gehört.

4. Viel Gewicht legt das RG sodann auf § 9 KO. nach welchem die Ausschlagung einer vor Konkurseröffnung angefallenen Erbschaft auch nach der Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner zusteht, nicht dem Konkursverwalter.

Auch hier zitiert das RG die Motive zu der (erst in dem Gesetz von 1898 in die KO eingefügten) Vorschrift, die als Grund anführen, daß die Ausschlagung sich „der Sache nach" nicht als ein Verzicht auf ein bereits erworbenes Recht, sondern als Nichtannahme eines angetragenen Rechts darstellen! Die Worte „der Sache nach" (Gegensatz dazu ist offenbar: der — bei rein juristischen Fragen doch in erster Linie maßgeblichen — rechtlichen Konstruktion nach!) machen unseres Erachtens diesen Satz völlig wertlos. Uebrigens reihen die Motive auch einen zweiten und richtigeren Grund zur Erklärung für die Vorschrift an diesen an, daß nämlich der Erbschaftserwerb auch einen persönlichen Charakter habe.

Sehen wir auch in diesem Fall das Gesetz „nicht durch die Brille der Motive" an, so erkennen wir, daß auch hier dieser uns schon bei den familienrechtlichen Bestimmungen begegnete Grundgedanke die Vorschrift voll rechtfertigt: „Höchstpersönlich ist das Entscheidungsrecht wegen der Natur des Erwerbes von Todes wegen. Das Gesetz läßt ihn zwar o h n e den Willen des Bedachten eintreten, aber es läßt ihn nicht g e g e n den Willen des Bedachten fortdauern".[55] Auch die Motive zum BGB — wir sahen es schon oben — betonen ja, welche Bedeutung unser Erbrechtssystem gerade dem Willen des Erben zumißt! — Auch K i p p aaO teilt diese Auffassung des § 9 KO, die eingehend begründet wird von T r e n k l e[56]). Ferner stehen notwendigerweise auf diesem Standpunkt alle die Schriftsteller, die die Erbschaftsausschlagung für anfechtbar seitens der Gläubiger bzw. des

[55]) Hellwig aaO., S. 169.
[56]) S. 59 ff.

Konkursverwalters halten. Denn eine Anfechtung ist nur unter der Voraussetzung möglich, daß eine Vermögensminderung angenommen wird.[57] [58])

Es sei uns gestattet festzustellen, daß nicht auch der umgekehrte Satz gilt. Nimmt man eine Vermögensverminderung an, so ist damit noch nicht notwendig die Zulässigkeit der Anfechtung bejaht. Vgl. die überzeugende Darlegung von Kipp aaO gegen Hellwig, daß die Nichtanfechtbarkeit mit jedem Erbschaftserwerb zu vereinen ist und nicht auf konstruktiven Gründen beruht. Auch wir glauben, daß die Anfechtung durch § 9 KO ausgeschlossen wird.[59])

Die Antwort aber auf die uns in diesem Zusammmenhang vor allem interessierende Frage lautet: Auch § 9 KO. ist auf andere Weise zu erklären als dadurch, daß in der Erbschaftsausschlagung keine Vermögensverringerung liegt.

5. Ob endlich dem vorläufigen Erben das Verwaltungsrecht in bezug auf die Erbschaft zusteht oder nicht, ist für uns belanglos. Hellwig[60]) versagt es ihm, obwohl ein Vermögenserwerb sich mit dem Anfall vollzieht, die herrschende Lehre[61]) erkennt es ihm zu, obwohl sich kein vollwirksamer Vermögenserwerb mit dem Anfall vollzieht. Für die Bedeutung des Erbschaftsanfalls und der Ausschlagung ist also aus der Beantwortung dieser Frage nichts zu entnehmen.

---

[57]) Für Anfechtung: Brachmann, S. 10; Cosack, Anf. R., S. 72; Kohler, S. 281; Korn, S. 72; Pelargus, S. 112; Scherer, S. 65; Stampe, D. JZ., S. 413 („aus Interessenabwägung"); Trenkle, aaO; Förster-Eccius I, S. 777; Frommhold zu § 1953.

[58]) Die Begründung des RG betr. § 9 KO geben — meist neben unserer Begründung — Endemann, Konk. Verf., S. 236; Hellmann, S. 311; Jäger, S. 241; Petersen-Kleinfeller, S. 201; Rüger, S. 405.

[59]) So auch im Ergebnis außer Kipp und dem RG aaO; v. Seuffert, aaO; Binder I, S. 123; Planck zu § 1952; Staudinger-Herzfelder zu § 1947; Reichsgerichtsräte zu § 1942; Friedmann, S. 160; OLG Naumburg — wenigstens für unentgeltliche Erbschaftsausschlagungen; OLG Colmar in RSPR d. OLG, Bd. 6, Nr. 4, S. 67; Leonhard, Erbr. zu § 1942 II B 2.

[60]) Lehrbuch I, S. 296 ff.

[61]) Z. B. Kipp, Erbrecht, S. 127.

III. Haben wir bisher — negativ — festgestellt, daß wir in den nicht erbrechtlichen Teilen des BGB und in anderen Reichsgesetzen keine Vorschriften finden, aus denen hervorgeht, daß in dem Anfall der Erbschaft keine Vermögensvermehrung, in der Ausschlagung also keine Vermögensverminderung liegt, so haben wir jetzt — positiv — darzulegen, daß aus dem erbrechtlichen System des BGB hervorgeht, daß der Anfall eine Vermögensvermehrung bedeutet.

1. Während der heres extraneus im gemeinen Recht die mit dem Erbfall erlangte facultas acquirendi erst mit der Annahme der Erbschaft in eine acquisitio hereditatis umwandelte, geht nach § 1942 BGB die Erbschaft mit dem Erbfall auf den Erben über unbeschadet des Rechtes, sie auszuschlagen. Wenn nun das RG[62]) sagt, daß infolge dieses „unbeschadet" der Vermögensübergang in seiner Wirkung (schon grammatisch) eine Einschränkung erleidet, so glauben wir in dieser Interpretation ihm nicht folgen zu können. Vollkommen zutreffend sagt Drost[63]): „Die Fassung dieses Gesetzes läßt durchaus nicht lediglich diese Deutung zu. § 1942 besagt vielmehr nur, daß der Erbe zugleich mit der Erbschaft auch das Recht der Ausschlagung erhält, und dieses kann er haben, ohne daß dadurch sein Erwerb als noch nicht vollendet anzusehen wäre." Wenn das BGB in einem besonderen Paragraphen formuliert hätte: Der Erbe hat das Recht, die Erbschaft auszuschlagen, so wäre an der Sache nicht das Geringste geändert.

2. Zu behaupten nun, daß sich trotz des Wortlautes der für den Erbschaftserwerb grundlegenden Bestimmung in der Rechtsentwicklung seit dem gemeinen Recht gar nichts geändert hat, geht nicht an.[64]) So haben denn die Schriftsteller, die das gemeine Recht doch noch in irgendeiner Form im BGB aufrecht erhalten sehen wollen, die These aufgestellt: Formell, „bei konstruktiver Betrachtung", erwerbe der Erbe die Erbschaft zwar mit dem Anfall, materiell, „vom

---

[62]) S. 291; ebenso Endemann, Bürg. R., S. 339, Anm. 4.

[63]) S. 44.

[64]) Vgl. freilich Jacobsen, S. 114: „Man geht kaum zu weit, den ipso iure Erwerb überhaupt zu leugnen und nach wie vor von einer Antretung zu sprechen."

praktisch wirtschaftlichen Standpunkte gesehen", „der Sache nach" aber erst mit der Annahme. Ebenso sei die Ausschlagung dann formell eine Vermögensverminderung, materiell nicht.[65])

All diese Wendungen scheinen uns verwirrend und geeignet zu sein, den klaren Tatbestand zu verhüllen. Was ist formaler Erwerb? Was ist materielles Recht? Jede Rechtsordnung will materielle Normen aufstellen, will Rechtsverhältnisse regeln; sie bedient sich zur Verlautbarung ihres rechtlichen Willens juristischer Formen. Das, was diese Formen als materiellen Inhalt des Gesetzes verkünden, ist aber allein das, worauf der Wille des Gesetzgebers gerichtet ist. Sein Wille kann daher nicht gespalten sein und formell dies, materiell jenes meinen. Vielmehr meint er formell, das was er materiell meint. „Er will nur Eines, und dieses Eine ist eine materielle Rechtsvorschrift":[66])

Der Erbe erwirbt die Erbschaft mit dem Erbfall formell wie materiell.[67])

Kipp spricht nicht von der eben zurückgewiesenen Unterscheidung, sondern vertritt die Ansicht, daß in der Ausschlagung eine Vermögensminderung nur bei rein konstruktiver Betrachtung liegt, vom „wirtschaftlich praktischen Standpunkt" aus erscheine die Ausschlagung als Ablehnung eines Erwerbes.[68]) — Zunächst sei es uns nochmals gestattet, Bedenken dagegen zu äußern, ob man zur rechtlichen Entscheidung einer rein begrifflichen Frage (Was ist Anfall der Erbschaft?) gegenüber dem konstruktiven Stand-

---

[65]) Diese und ähnliche Formulierungen finden wir beim RG aaO, S. 292, gestützt auf die Motive zu § 1308 Entw., ferner bei: Kipp, Jur. Wochenschr. s. o.; Planck, Erbr., S. 33, 3; Friedmann, S. 52; Jacobsen, S. 9; Kern, S. 9 (der im Grunde auch ohne Vorbehalt das gemeine Recht für im BGB fortgesetzt erklärt); Meidner, S. 57; P. Wolff, S. 48; OLG Dresden 1906; Sächs. RPFLA, S. 332; Entsch. d. OLG. IV, S. 175. — Gegen diese Unterscheidungen — wie wir — nur Drost, S. 44; Trenkle, S. 29 ff.

[66]) Trenkle, S. 28.

[67]) Im Sinn unserer Ausführungen auch Stützel, S. 50.

[68]) Wir möchten übrigens annehmen, daß ein Teil der von formellem und materiellem Erwerb sprechenden Schriftsteller in Wirklichkeit den Kippschen Standpunkt vertreten .

punkt einen anderen in den Vordergrund rücken darf. Dann aber möchten wir glauben, daß man auch vom wirtschaftlich-praktischen Standpunkt aus nicht notwendig zu dem Kipp-schen Ergebnis gelangt. Auch wirtschaftlich erwirbt unseres Erachtens der Erbe die Erbschaft mit dem Erbfall. Selbst wenn wir annehmen, daß die Stellung des Erben nach der Ausschlagung identisch ist mit der eines Menschen, an den nie ein Anfall erfolgt ist, so ändert dies nicht, daß seine Stellung vor der Ausschlagung von der des Nie-Erben grundverschieden ist. Sehr richtig bemerkt in diesem Sinne Trenkle[69]): „Wenn A den ihm geschenkten Pfennig wegwirft, und wenn B dem ihm angebotenen zurückweist, so kann man nicht sagen, daß der Erwerb des geschenkten Pfennigs durch A nur formalen Charakter habe, und daß sich materiell (lies: wirtschaftlich) die Handlungen des A und des B gleich stünden."

Gegen die Entscheidung der Bedeutung des Erbanfalls und der Ausschlagung vom wirtschaftlichen Standpunkt aus möchten wir endlich noch einwenden, daß man Gefahr läuft, den Anfall und die Ausschlagung einer Erbschaft von einer Million Mark Aktiven leichter als Vermögensverringerung, als die Ausschlagung einer Erbschaft von einer Million Mark Passiven als Vermögensvermehrung anzusehen.

Wenn Endemann[70]) formuliert: „Seiner eigenen Wirkung nach erzeugt der Anfall den vollen Erwerb der Erbschaft; nur in Rücksicht auf die zunächst noch vorbehaltene Ausschlagung gilt er als bloßes Angebot zum Erwerben", so dürfte damit schwerlich das Problem seiner Lösung einen Schritt näher gebracht sein.[71])

Wir glauben, daß es nur einen Eigentumserwerb gibt, nicht einen „mehr der Sache nach" und einen mehr formalen", und daß dieser eine Eigentumserwerb vermögenvermehrend wirkt. Was aber für den Eigentumserwerb gilt,

[69]) S. 30.

[70]) Bürg. R. V., S. 343.

[71]) Daneben betont übrigens Endemann: „Mit dem Anfall wird der Berufene Erbe zu vollem Rechte (S. 341). Dem Anfall darf die rechtsübertragende Wirkung nicht abgesprochen werden (S. 343).

das gilt ebenso auch für die Herrschaftsrechte an Gegenständen, die wir nicht Eigentum nennen, z. B. für den Erwerb zur Erbschaft gehörender Forderungsrechte. Der Anfall der Erbschaft bewirkt eine Vermehrung des Erbenvermögens.

§ 8. Bedeutung der Annahme der Erbschaft.

Fragen wir uns, worauf die so entgegengesetzten Ansichten über die Wirkung des Erbanfalles beruhen, so erkennen wir, daß sie sich nur als ein Widerspiel der Unklarheit darstellen, die das Wort „Annahme" der Erbschaft im BGB in sich birgt. Obwohl dasselbe Wort gebraucht wird, stimmt nämlich, was oft verkannt wird, die Annahme im BGB mit der des gemeinen Rechts, der aditio, mit nichten überein! — Wenn das BGB vom ipso iure Vermögensübergang mit dem Erbfall und daneben von der Annahme spricht, so enthalten diese beiden Bezeichnungen zunächst einen Widerspruch. Denn, was ich zu Eigen bereits habe, kann ich nicht mehr „annehmen", d. h. im strengen Wortsinne: zu meinem Eigen machen. Da aber einen inneren Widerspruch im Erbrechtssystem des BGB anzunehmen kein Grund vorliegt, so ergibt sich, daß eine der Wendungen nicht ihrem Wortsinn nach vom Gesetz gemeint sein kann.

Nimmt man nun an, daß der ipso iure Erwerb in Wirklichkeit nicht vorliegt, so wirft man — sicher im Widerspruch mit dem Willen des Gesetzes — das ganze erbrechtliche System des BGB über den Haufen. Es bleibt logischerweise nur möglich anzunehmen, daß eben die „Annahme" nicht im wörtlichen Sinne zu verstehen ist, und damit dürfte man auch das Richtige treffen.

Der Anfall macht den Erben ohne seinen Willen zum Herrn der Erbschaft. Da aber sein Wille Bedeutung behalten soll, hat der Erbe das Ausschlagungsrecht. So sind Anfall und Ausschlagung Korrelate. Es besteht nun das Bedürfnis, die Unsicherheit über das Schicksal der Erbschaft möglichst bald zu beseitigen; darum hat der Erbe die Möglichkeit, auf die Ausschlagung zu verzichten, wodurch sein Erwerb endgültig ist. Vom Gesetze wird ihm das Ausschlagungsrecht genommen,

wenn er Handlungen vornimmt, die sich als pro herede gestio darstellen. Stets wenn das Verhalten der Erben nun ein solches ist, daß er — ausdrücklich oder stillschweigend — auf das Ausschlagungsrecht verzichtet, sagt das Gesetz, er hat die Erbschaft „angenommen". (Ebenso „gilt" mit der Versäumung der Ausschlagungsfrist die Erbschaft als angenommen, § 1943.) Dies ist der wahre Sinn der „Annahme", die sonach mit dem Erwerbstatbestand gar nichts zu tun hat und methodisch weder dem Anfall noch der Ausschlagung in Parallele zu setzen ist. Mit der Annahme wird der früher eingetretene Erwerb „bestätigt" durch den Verzicht auf Widerruf. So spräche man richtiger von „Bestätigung" und „Wiederausschlagung"[72]). — Wenn Binder[73]) betont, daß die Annahme nicht nur negative Voraussetzung der Ausschlagung ist, so will er nur beweisen, daß die Annahme (insbesondere auch das Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist) nicht wie in Rom das se immiscere hereditati ein bloßes Faktum, sondern ein Rechtsgeschäft ist.[74])

Die Erklärung dafür, daß das BGB den irreleitenden Ausdruck „Annahme" gewählt hat, ist wohl nur darin zu finden, daß es ihn aus den Kodifikationen übernommen hat.[75])

Auch ALR I, 9 § 383 sprach von der „Annahme", obwohl das ALR unbestrittenermaßen dem grundsätzlich unbeschränkten Prinzip des ipso iure Erwerbs huldigte. In der preußischen Rechtswissenschaft hat man aber schon deutlich erkant, daß diese Annahme eine ganz andere als die gemeinrechtliche war. So schreibt Gruchot: „Die Annahme hat nur die Bedeutung,

---

[72]) So Drost, S. 45; Endemann, Bürg. R., S. 344; Friedmann („Behaltung" u. „Wiederaufgeben des bereits Erworbenen"), S. 51; v. Gierke, S. 547; Leonhard in der Polemik gegen das RG, B. 3, S. 17 (Behalten und Wiederausschlagung); Loewy, S. 3 („Erbschaftsannahme als Verzicht auf das ius abstinendi"); Engelmann-Dernburg (Bürg. R. V, S. 418: „Die Annahme ist Verzicht auf das Ausschlagungsrecht und hat den Zweck, für die Beteiligten den Zustand der Ungewißheit zu beseitigen"); Ponfick, S. 14.

[73]) I. S. 76.

[74]) Ebenso Endemann, S. 343; dagegen Strohol II., § 61, Anm. 3; Planck zu § 1943.

[75]) So auch Drost, S. 45.

daß sie zur Gewißheit bringt, ob der berufene Erbe die ihm anheimgefallene Erbschaft behalten oder sich ihrer wiederum entschlagen will".[76])

Durch die Annahme der Erbschaft erwirbt somit der Erbe kein Eigentum, das er nicht schon vorher hat. „Das Recht der Annahme ist nicht das Recht, die Erbschaft durch Antritt zu erwerben."[77])

Die Annahme gehört nicht zum Erwerbstatbestand. Da die Ausschlagung hingegen das Eigentum an der Erbschaft unmittelbar berührt, so haben Annahme und Ausschlagug im BGB keine entsprechende Bedeutung.

Wenn das RG[78]) zum Beweise des Gegenteiles anführt, daß Annahme und Ausschlagung in dieser Reihenfolge vom Gesetz wiederholt nebeneinander gestellt sind, so in § 1946 (der Erbe kann . . . . annehmen oder ausschlagen), § 1947 (Die Annahme . . . . oder die Ausschlagung können nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen), so sind diese Momente doch zu äußerlich, um in dem Sinne des RG gewertet zu werden.

Es sei an dieser Stelle bemerkt, daß wir in Konsequenz der RG-Ansicht — die Erbschaft kommt erst mit der Annahme in das Vermögen des Erben — zu dem doch sicher unzutreffenden Ergebnis kommen müssen, daß das BGB zwei verschiedene Arten des Erbschaftserwerbes kennt: erstens den der gewöhnlichen Erben, zweitens den davon abweichenden des Fiskus. Das Gesetz sagt im § 1942 II zwar nur,daß der Fiskus kein Ausschlagungsrecht hat, er hat aber zweifellos auch keine „Annahme"-Möglichkeit; denn er erwirbt ja die Erbschaft mit dem Anfall definitiv.

Wenn also das RG sagt: Annahme und Ausschlagung seien zwei gleichberechtigte Möglichkeiten, so treten wir zum RG in scharfen Gegensatz Der Erbe erwirbt die Erbschaft schon mit dem Anfall. Die gleichstehenden Tatsachen sind Anfall und Ausschlagung.

---

[76]) Gruchot I, S. 74; ebenso Foerster-Eccius IV, S. 228.
[77]) Ennecerus, Allg. Teil, § 66.
[78]) S. 292.

Die Bedeutung der „Annahme“ liegt darin, daß sie den mit dem Anfall nur vorläufigen Erwerb zum endgültigen macht.

Wir erinnern uns, daß auch das RG vom „vorläufigen“ Erwerb der Erbschaft sprach (S. 28), gleichzeitig leugnete, daß dieser vorläufige Erwerb die Erbschaft in das Vermögen des Erben bringt. Wie das RG zu diesem Begriff des vorläufigen Erwerbes kommt, können wir jetzt vielleicht feststellen, wenn wir noch einmal des § 517 BGB gedenken. Dort hieß es: „Verzicht auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht oder Ausschlagung einer Erbschaft.“ Da in diesem Verzicht in der Regel keine Vermögensverringerung liegt, so ist es ganz konsequent, wenn das RG die Ausschlagung einer Erbschaft unter diesen Verzicht subsumiert. (Vgl. unten.)

Der § 439 Entw. BGB sprach nun von einem „angefallenen, noch nicht erworbenen Recht.“ Hier war also unzweifelhaft, daß ein Erwerb noch nicht vorlag. § 517 BGB veränderte dann, die Wahrscheinlichkeit des Erwerbes zu bezeichnen, diese Fassung in „noch nicht endgültig“, auch hier aber ist „noch nicht endgültig erworben“ = noch nicht erworben. Wenn man nun aber, scheinbar grammatisch richtig verfahrend, für „nicht endgültig“ „vorläufig“ einsetzt, so liegt es auf der Hand, daß dem Sinn der Worte Gewalt angetan wird.

(Ist also ein „angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht“ unseres Erachtens noch nicht in das Vermögen des künftigen Erwerbers übergegangen, befindet sich hingegen die Erbschaft seit dem Anfall in dem Vermögen des Erben, so können wir die Ausschlagung der Erbschaft nicht unter den Begriff des Verzichts auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht subsumieren. Wir können daher Hellwig[79]) nicht zustimmen, wenn er in dem letzten „oder“ des § 517 ein „insbesondere“ sehen will. Dieses „oder“ kann unseres Erachtens nur alternativ zu verstehen sein.)

Wir verstehen also unter „vorläufigem“ Erwerb einen Erwerb, der Eigentum an der Erbschaft verschafft. Im Gegensatz zu den anderen Rechten des § 517 handelt es sich beim

[79]) Festg. f. v. M., S. 165.

Erbschaftsanfall um ein angefallenes und gleichzeitig erworbenes Recht. Vgl. Binder: „Der vorläufige Erwerb bedeutet eine wirkliche Vermögensvermehrung. Die Erbschaft wird in das Vermögen des Erben aufgenommen.[80])[81])

Der Erbschaftserwerb des Fiskus ist somit grundsätzlich mit dem aller anderen Erben identisch, nur ist er von vornherein nicht nur vorläufig, sondern sofort endgültig.

Daß dieser „vorläufige" Erwerb etwas anderes bedeutet als jener „formale", liegt auf der Hand; er ist als Erwerb fehlerlos. Nicht wandelt sich durch die Annahme eine Möglichkeit zur Wirklichkeit, sondern nur wird die Wirklichkeit „konsolidiert". Unser Ergebnis bleibt also bestehen: Die Eigentumsvermehrung, der Erwerb der Erbschaft wird mit dem Anfall, nicht erst später, vollzogen.

§ 9. Die Ausschlagung der Erbschaft als Vermögensverminderung. Bedeutung der Fiktion des § 1953 BGB.

I. Erfährt der Erbe mit dem Erbanfall einen Vermögenszuwachs, so fragt es sich, welche Wirkungen nun einer späteren Ausschlagung der Erbschaft beizumessen sind. Das Gesetz sagt nicht: Der Erbe verliert die Erbschaft wieder. Vielmehr bestimmt § 1953 BGB., daß mit der Ausschlagung „der Anfall als nicht erfolgt gilt". Hieraus ist nun gefolgert worden: Wenn der Anfall nie erfolgt wäre, so hätte der Erbe nie einen Vermögenszuwachs erfahren können. Folglich ergibt sich aus der Wirkung der Ausschlagung, daß der Anfall keine Vermögensvermehrung, die Ausschlagung selbst also keine Vermögensminderung bedeuten kann. Dieser Gedankengang beruht auf einer unrichtigen Voraussetzung. Es trifft nämlich nicht zu, daß die Wendung des § 1953 „gilt als nicht

[80]) I. S. 123, S. 73.

[81]) Vom „vorläufigen" Erbschaftserwerb sprechen auch Strohal, II. 1, vgl 39; Kipp, Erbrecht, § 50, der den Begriff freilich eben vom wirtschaftlich-praktischen Standpunkt aus nicht voll durchführt, vgl. Jur. Wochschr. 2. 12.

erfolgt" identisch ist mit „ist nicht erfolgt". Die Fiktion des § 1953 steht nicht in Widerspruch mit unserer Ansicht, daß der Anfall eine Vermögensvermehrung bedeutet. § 1953 läßt vielmehr diese Tatsache unberührt.[82])

II. Welche Wirkungen hat nun die Erbschaftsausschlagung? Im Verhältnis zum Anfall ist die Ausschlagung keine Resolutivbedingung.[83]) Denn die Ausschlagung hat rückwirkende Kraft. (Was das bedeutet, vgl. unten.) Die Resolutivbedingung wirkt dagegen prinzipiell ex nunc, nicht ex tunc.[84]) Man kann mit Strohal von einer conditio iuris sprechen, hat aber mit diesem Namen für ihre Bedeutung noch nichts gewonnen.

Heymann[85]) sieht in dem durch die Ausschlagung erfolgten Anfall an den Nachberufenen eine zweite Universalsukzession, mit resolutiv bedingtem Recht des Vorberufenen, suspensiv bedingtem des Nachberufenen. Nach Strohals Ansicht steht diese Auffassung in ihrer Grundkonstruktion im Gegensatz zu den gesetzlichen Grundlagen des Erbrechts. „Diese Auffassung verkennt gleichmäßig: das Wesen der conditio iuris, der Fiktion und der Universalsukzession."[86])

Demgegenüber bemerkt Leonhard[87]), daß man diese Konstruktion kaum vermeiden kann, wenn man den Anfall als Vermögensvermehrung, die Ausschlagung als Vermögensverminderung auffaßt. Denn mit dem Anfall an den ersten Erben hat dann bereits eine Universalsukzession stattgefunden.

---

[82]) Das arg. ex. 1953 ziehen: OLG Dresden. Sächs. Arch. f. Rechtspfl. 1906, S. 772, Binder, I, S. 123, Stützel, S. 50 ff., Friedmann, S. 38, Jacobsen, S. 114, Jaeger, S. 201, Petersen-Kleinfeller, S. 201, Endemann, Konk.-Verfahren, S. 236.

Planck zu § 1952 und überhaupt alle Schriftsteller, die den Anfall in irgendeiner Form als bloße facultas acquirendi aufgefaßt wissen wollen, vor allem auch RG aaO, S. 292.

[83]) Kuhlenbeck, III, S. 205, ebenso v. Seuffert, aaO; Binder gebraucht den Ausdruck I, S. 73, korrigiert ihn aber Bd. III, S. 202, Anm. 14.

[84]) Zu diesem Ergebnis kommen Hellwig, Lehrb. I, S. 296/297, Rechtskraft, S. 205 ausführlicher, Strohal, II, S. 66, Bühring, S. 37.

[85]) S. 60.

[86]) S. 39

[87]) Erbr zu § 1942, II. Bd., 2.

III. Mit der Ausschlagung der Erbschaft „gilt“ der Anfall als nicht erfolgt. Um das Wesen dieser Fiktion zu verstehen, müssen wir eine allgemeine Betrachtung über die Bedeutung der Fiktionen voranschicken.[88])

1. Eine Fiktion liegt vor, wenn das Gesetz sagt: Liegt der Tatbestand a vor, so sollen dieselben Rechtsfolgen eintreten, wie wenn der Tatbestand b vorläge. Zweck dieser Fiktion ist nun nicht, ein inneres Verhältnis der beiden Tatbestände festzustellen, etwa ihre Wesensgleichheit zu behaupten. Denn dann würde das Gesetz sagen: Liegt a vor, so liegt re vera b vor. Zweck der Fiktion ist vielmehr nur ein gesetzestechnischer. Oft knüpft das Gesetz an einen gewissen typischen Tatbestand, für den es einen bestimmten juristischen Begriff ausprägt, eine ganze Folge von Rechtswirkungen. Ein Beispiel solcher Tatbestände bildet „der Anfall der Erbschaft“. Will nun das Gesetz an einen anderen Tatbestand dieselben Rechtsfolgen knüpfen, so bedient es sich der Fiktion, es läge der gleiche Tatbestand vor, und spart so entweder die Wiederholung des Folgenkomplexes oder die Ausprägung eines neuen Grundtatbestandes, eines neuen Begriffes, dem die gleichen Wirkungen wie dem ersten eignen müßten. So schon Savigny[89]): „Entsteht eine neue Rechtsform, so wird dieselbe unmittelbar an eine alte bestehende angeknüpft, und ihr so die Bestimmtheit und Ausbildnug derselben zugewendet.“ Vgl. Stammler[90]): „Die sogenannte juristische Fiktion ist nichts anderes als eine abkürzende Formel, mittels deren ein bestimmtes rechtliches Wollen sich ausdrückt. Sie bedeutet die Verweisung auf ein rechtliches Wollen, das als Folge schon in anderem Zusammenhange gesetzt ist.“

So sind das neue, was der Gesetzgeber mit der Fiktion schafft, die Rechtsfolgen, die an den neuen Tatbestand geknüpft sind.

2. Unter den Fiktionen spielen eine besondere Rolle die sog. rückbezüglichen Fiktionen.[91]) „Der Gesetz-

[88]) Die nächsten Ausführungen stützen sich in Grundzügen auf Bernhöfts Monographie.

[89]) S. 32.

[90]) S. 328.

[91]) Bernhöft, § 5.

geber will nicht nur einen alten Rechtszustand beseitigen, sondern auch die Folgen, die er gehabt hat.“ Um eine solche Fiktion handelt es sich auch im § 1953 BGB. Das Gesetz sagt hier: Wen der Tatbestand a vorliegt, so sollen dieselben Rechtsfolgen eintreten, wie wenn der Tatbestand b nicht vorläge. Lösen wir den Tatbestand b, um den Vergleich zu erleichtern, in einen negativen auf, so ergibt sich:

1. Ist keine Erbschaft vorhanden, so erfolgt kein Anfall.

2. Wenn ein Erbe eine ihm angefallene Erbschaft ausschlägt, so gilt ein Anfall nicht als erfolgt.

Damit hebt nun das Gesetz keineswegs den Anfall mit rückwirkender Kraft auf, im Gegenteil: Durch die Fiktion wird gerade festgestellt, daß ein Anfall in Wirklichkeit stattgefunden hat. Jedem „gilt“ entspricht ein „ist in Wahrheit anders“.

Auch die rückbezügliche Fiktion will weiter nichts, als gewisse Rechtsfolgen in futurum statuieren. Um die Tatbestände aber kümmert die Fiktion sich gar nicht, an ihnen ändert sie auch nichts. Denn die Welt der Tatsachen kann sie nicht rückwärts umgestalten. „Die Gebote der Rechtsordnung haben Wirkung nur auf die ideelle Rechtswelt.“[92]) Der Ausschlagende war Erbe geworden, und daran wird durch die Fiktion nichts geändert. Hierin liegt keine Beschränkung der Rückwirkung der Fiktion, sondern — wie gezeigt — folgt dies gerade aus dem Wesen der Fiktion.[93])

Um den Gegensatz hervorzuheben, seien andere Fälle genannt, in denen wir Grenzen der Rückwirkung zu erkennen haben. Dies ist insbesondere der Fall, wenn wir feststellen, daß der Besitz mit der Ausschlagug nur soweit verloren gehen kann, als er nicht bereits tatsächlich ergriffen ist[94]), oder wenn wir mit Kipp aaO gegen v. Seuffert aaO und Martin Wolff[95]) glauben, daß die beweglichen Sachen, über die der

---

[92]) Hellwig, Festg. f. v. M., S. 160.

[93]) Dies wird angedeutet von Hellwig, Grenzen der Rückwirkung, S. 17.

[94]) Kipp, Erbr., S. 128, Hellwig, G. d. R. S. 6, Anm. 3, 19ff.; Reichsgerichtsräte, Planck zu § 1953, Strohal, S. 75.

[95]) S. 26.

provisorische Erbe verfügt hat, nicht als dem wahren Erben abhanden gekommen betrachtet werden dürfen.

Es beruht somit auf einer Verkennung des Wesens der rückwirkenden Fiktion, wenn man in dem die Fiktion auslösenden Ereignis „nur den Erkennungsgrund sieht, der zeigt, daß eine andere, in der Vergangenheit liegende Tatsache wirkend oder vorhanden gewesen ist“ (bezw. nicht vorhanden gewesen ist).[96])

Die Ausschlagung hat keinen deklaratorischen, sondern konstitutiven Charakter: Der Anfall bleibt erfolgt; § 1953 regelt nur Rechtsfolgen für die Zukunft, insbesondere die Stellung des Ersterben zu dem Nachberufenen und den Nachlaßgläubigern.[97])

Unterstützt wird unsere Ansicht noch dadurch, daß das Gesetz die gleiche Wendung: „Der Anfall gilt als nicht erfolgt“ unter anderem auch gebraucht, wenn dem Erbunwürdigen durch Anfechtungsklage das Erbrecht entrissen wird. § 2344, I BGB. Hier aber kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Unwürdige wirklich Erbe gewesen ist und daß nicht durch die Ausschlagung der Erwerb „als unwahr aufgedeckt“ wird.[98])

Somit läßt sich aus § 1953 kein Argument dagegen herleiten, daß der Anfall der Erbschaft eine Vermögensvermehrung, die Ausschlagung eine Vermögensminderung bedeutet.

IV. Wir fassen zusammen: Im BGB gilt im Gegensatz zum gemeinen Recht das Prinzip des ipso iure Erwerbes der Erbschaft. Mit dem Erbfall erwirbt der Erbe das Eigentum an der Erbschaft, die in diesem Augenblick in sein Vermögen übergeht. Die Vorschriften der §§ 517, 1406 No. 1, 1453 BGB, 778 ZPO, 9 KO können nicht beweisen, daß mit dem Anfall noch keine Vermögensvermehrung auf Seiten des Erben stattfindet. Aus dem Erbrecht des BGB

---

[96]) So Fitting, Begriff d. Rückziehung, S. 119. Gegen ihn insbesondere Becker, Bd. II, S. 309: „Auch die sogenannten Rückwirkungen sind Folgewirkungen und liegen als solche in der Nachzeit.“

[97]) Hellwig, Festg. f. v. M. S. 165; Kipp, Jur. Wochschr. S. 12; vgl. Strohal, II, S. 39; Drost, S. 45; Trenkle, S. 37ff.

[98]) Vgl. Kaiser, S. 22, 27.

aber geht diese Vermögensvermehrung deutlich hervor. An ihr wird durch die Fiktion des § 1953 nichts geändert.

Findet aber mit dem Anfall eine Vermögensvermehrung statt, so bedeutet die Ausschlagung eine Vermögensverminderung.

Rufen wir uns nunmehr die lange in den Hintergrund unserer Betrachtung getretene Veranlassung dieser ganzen Auseinandersetzung ins Gedächtnis zurück: Es handelt sich um die Frage, ob wir auf den den Erben zur Ausschlagung verpflichtenden Vertrag Vorschriften des Erbschaftskaufs analog zur Anwendung bringen müssen. Wir hatten festgestellt, daß dies nur möglich ist, wenn dieser Vertrag wie der Erbschaftskaufvertrag eine Vermögensverringerung auf Seiten des Erben vorbereitet. Wir haben nun gezeigt, daß die Ausschlagung in der Tat, so wie das Hellwig annimmt, eine Vermögensverminderung, und nicht, wie das RG glaubt, nur einen Verzicht auf ein angefallenes, nicht erworbenes Recht bedeutet.

Zweiter Teil.

Entscheidung gegen die Analogie.

§ 10. Bedeutung der durch die Erbschaftsausschlagung erfolgenden Vermögensverminderung für die Entscheidung.

Nachdem Hellwig den Eintritt einer Vermögensverminderung durch die Erbschaftsausschlagung nachgewiesen hat, folgert er die Anfechtbarkeit der Erbschaftsausschlagung durch Gläubiger bezw. Konkursverwalter, die sein thema probandum bildet. Ein näheres Eingehen auf die Richtigkeit dieser Entscheidung — wir erwähnten schon, daß wir sie nicht billigen können — erübrigt sich für uns. Denn wenn Hellwig für die Anfechtbarkeit eintritt, so geschieht das, weil er in der Ausschlagung eine Vermögensverminderung und in dieser Tatsache das seine Frage allein entscheidende Moment sieht, nicht aber, weil die Erbschaftsausschlagung gegen Entgelt ähnlich

dem Erbschaftsverkauf und dieser anfechtbar ist. Er begründet die Anfechtbarkeit der Ausschlagung unabhängig von der Existenz eines anfechtbaren Erbschaftskaufs. Seine Ausführungen sind daher für uns nur in der Vorfrage von Erheblichkeit.

Wir glaubten, die Frage nach der Bedeutung der Erbschaftsausschlagung eingehender darlegen zu sollen, als es Hellwig im Rahmen einer kurzen Abhandlung möglich war. Einmal, weil wir in diesem Punkte die überwiegende Meinung in Wissenschaft und Praxis gegen uns haben, die Frage nach der analogen Behandlung des Ausschlagungsvertrages mit dem Erbschaftskauf unter diesen Umständen leicht aus dem Grunde abgelehnt werden könnte, daß der Ausschlagungsvertrag nicht wie der Verkauf der Erbschaft eine Verringerung des Erbenvermögens vorbereitet. Zum anderen, weil es sich hier um Grundfragen des Erbrechts handelt, bei denen eine kurze Andeutung der Begründung einer Ansicht uns unstatthaft erschien.

Keineswegs haben wir jedoch mit der Auffindung des einen übereinstimmenden Punktes bei der Vergleichung beider Verträge unsere Aufgabe bereits gelöst. Die Frage der Analogie ist noch nicht entschieden! Nur wenn eine Vermögensverringerung in der Ausschlagung liegt, ist die analoge Behandlung möglich. Nicht aber halten wir den Gedankengang für zutreffend: Liegt in der Ausschlagung eine Vermögensverringerung, so ist die analoge Behandlung notwendig.

Diese Folgerung wäre schlüssig, wenn der Faktor der Vermögensverringerung auf Seiten des Erben nicht nur ein allgemein bedeutungsvoller wäre, sondern ein besonderes Charakteristikum des Erbschaftskaufes darstellte. Das ist jedoch nicht der Fall. Es gibt manche näherliegenden Besonderheiten in der Grundstruktur des Erbschaftskaufes als gerade die allgemeine Feststellung einer Vermögensverringerung. Dieses Moment aber in den Vordergrund zu stellen, haben wir um so weniger Veranlassung, als wir mit Hellwig jene Vermögensverringerung als eine konstruktiv zu erfassende betrachten, und somit hierdurch der wirtschaftliche Gesichtspunkt nicht als ein Korrektor der ohne seine Berücksichtigung anders lautenden juristischen Ergebnisse in die Debatte ge-

worfen ist. Nicht das scheint uns nun entscheidend zu sein, d a ß in beiden Fällen eine Vermögensverringerung vorbereitet wird, sondern es scheint uns darauf in erster Linie anzukommen, w i e sich in beiden Fällen die Vermögensänderung vollziehen soll, ob in ähnlicher Weise oder nicht. Wir sahen bereits oben (§ 6) bei der Betrachtung der Analogiemöglichkeiten wie auf Schritt und Tritt die verschiedenen charakteristischen Besonderheiten beider Verträge letzten Endes die Ursache dafür waren, daß schon die Möglichkeit einer Analogie meist ausscheiden mußte. Scheint uns schon in dieser Tatsache ein starkes Argument gegen die Heranziehung der Analogie in den wenigen Fällen zu liegen, in denen sie an sich möglich wäre, so glauben wir nun im Folgenden den Nachweis dafür führen zu können, daß die beiden Verträge in ihrer rechtlichen Grundstruktur, ihren typischen Besonderheiten, so völlig voneinander verschieden sind, daß eine Analogie ausgeschlossen erscheinen muß, mag ihnen auch jene eine Gleichheit innewohnen.[99])

§ 11. Die Stellung des Erben zur Erbschaft nach dem Abschluss beider Verträge.

Wir beginnen mit einer Betrachtung der Stellung des auf die Erbschaft verzichtenden Erben in beiden Verträgen.

I. Der Erbschaftskauf ist wie jeder Kauf ein obligatorischer Vertrag, und zwar ein Vertrag, in dem der Erbe sich verpflichtet, die Erbschaftsgegenstände in ihrer Gesamtheit dem Erbschaftskäufer zu übertragen. Durch diesen Vertrag will sich der Erbe dieser Gegenstände entäußern und will somit das dingliche Band lösen, das ihn mit ihnen verknüpft. Seine persönliche Stellung zur Erbschaft, die Tatsache, daß er die Erbschaftsgegenstände als Erbe zu Eigen hatte, will und kann er dadurch nicht ändern. Denn das Vorhandensein von Erb-

[99]) Angesichts dieses Ergebnisses sind wir uns wohl bewußt, bei der Behandlung dieses einen Faktors die Oekonomie unserer Arbeit etwas überschritten zu haben, glauben das aber mit einem Hinweis auf die oben im Text genannten Gründe hinreichend verteidigen zu können.

schaftsgegenständen im Vermögen des Erben ist nicht Voraussetzung, sondern Folge seiner Erbenstellung.

Wenn also Jemand eine ihm angefallene Erbschaft verkauft, so bleibt er Erbe, der Käufer tritt in manchen Beziehungen Dritten gegenüber neben ihn, nie aber an seine Stelle. Verkauft der Erbe die Erbschaft, so zeigt er somit, daß er Erbe sein will. Hat er die Erbschaft zuvor nicht angenommen, so vollzieht er im Augenblick des Vertragsabschlusses die Annahme.

Die Annahme einer Erbschaft bedarf keiner Form[100]); sie kann stillschweigend erfolgen durch konkludente Willenserklärung. Ob im Einzelfalle eine solche „pro here gestio" vorliegt, ist zu entscheiden nach folgenden Gesichtspunkten: Durch den Willen des Erben allein kann sie nicht erfolgen. Erst wenn der Wille durch ein entsprechendes Handeln wahrnehmbare Gestalt gewonnen hat, kann man aus dem Abbild des Willens, der Handlung, ihn erkennen. Nur wenn ein Verhalten des Erben vorliegt, „welches ausgelegt nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, den Willen erkennen läßt, die Erbschaft zu behalten",[101]) kann in diesem Handeln durch Sich-Verhalten eine pro herede gestio liegen. So ist zuerst objektiv zu prüfen, ob aus einem vorliegenden Verhalten des Erben der Wille, Erbe zu bleiben, hervorgeht. Wird diese Frage verneint, so liegt eine pro herede gstio nicht vor. Wird sie bejaht, so muß der eine pro herede gestio im Regelfall notwendig annehmen, der auf dem Boden einer objektiven Theorie der Willenserklärung[102]) steht (z. B. Kipp aaO). Von einer subjektiven Theorie aus ist dann weiter zu fragen: Deckt sich der als Wille erscheinende nach jeder Richtung mit dem wahren Willen? Z.B.L. 20 pr. D XXIX 2: pro herede gerere non esse facti quam animi, hoc animo esse debet, ut velit esse heres. ceterum si quid pietatis causa fecit. . . . apparet non videri pro herede gessisse.

In vielen Fällen der pro herede gestio wird durch sie

---

[100]) Wir fragen hier nur, wie sich die Annahme vollzieht; ihre rechtliche Bedeutung ist im § 8 bereits erörtert.

[101]) Kipp, Erbr. S. 132.

[102]) Ueber diese Theorien vgl. Loewy, S. 57.

die Erbschaft unmittelbar berührt werden. Aber auch der bloße Antrag auf Erteilung des Erbscheins enthält eine pro herede gestio, und auch in dem Abschluß von obligatorischen Verträgen, die ohne schon unmittelbar rechtliche Wirkungen in Bezug auf die Erbschaftsgegenstände hervorzurufen, sich auf die Erbschaft beziehen, kann sehr wohl eine pro herede gestio erblickt werden. Als einen solchen Vertrag wird man den Erbschaftskaufvertrag aber ansehen müssen. Der Abschluß dieses Vertrages stellt sich als ein überzeugendes Faktum dar, hinter dem regelmäßig der animus pro herede gerendi stehen wird: Von jedem der oben bezeichneten theoretischen Standpunkte aus wird man in ihm eine Erbschaftsannahme „durch Willensbetätigung" erblicken müssen.[103]) Es könnte eingewendet werden, daß man auch eine fremde Erbschaft verkaufen kann, § 2376 BGB spricht ausdrücklich von einer Haftung des Verkäufers dafür, „daß ihm das Erbrecht zusteht". Aus dieser Vorschrift ist aber nur zu entnehmen, daß die schon nach den allgemeinen Regeln über Schuldverhältnisse selbstverständliche Möglichkeit des Abschlusses eines obligatorichen Vertrages durch einen Nichtberechtigten auch für den Sonderfall des Verkaufs einer Erbschaft gilt. Dadurch wird aber die Tatsache nicht berührt, daß der Verkauf durch den Berechtigten gleichzeitig die Annahme der Erbschaft bekundet.

II. In ganz anderer Weise wird die Stellung des Erben durch den Abschluß eines Erbschaftsausschlagungsvertrages beeinflußt. Seine persönliche Stellung zur Erbschaft wird nämlich in keiner Beziehung verändert. Nimmt er mit dem Verkauf der Erbschaft an und begibt sich somit der Möglichkeit der Ausschlagung[104]) (§ 1943 BGB), so hat er nach Abschluß des Ausschlagungsvertrages noch immer wie vor dem Abschluß des Vertrages die Möglichkeit anzunehmen oder auszuschlagen. Denn in dem Abschluß des Ausschlagungsvertrages liegt keine Annahme der Erbschaft. Es geht aus dem

[103]) Ebenso Strohal, Bd. II, S. 65; Dernburg, Pand. Bd. II, § 168, Anm. 2.

[104]) „Der berufene Erbe kann nicht gleichzeitig ausschlagen und auf einen anderen übereignen." KG, KGJ, Bd. 35, A. 63.

Vertragsabschluß deutlich hervor, daß der erstberufene Erbe auf die Möglichkeit der Ausschlagung nicht verzichten will, daß er die Erbschaftsannahme ausdrücklich ablehnt; denn sonst könnte er sich billigerweise nicht zur Ausschlagung verpflichten. Er zeigt ganz deutlich, daß er eben nicht annehmen will. Zwar beweist uns sein Verhalten — er läßt sich für seine Ausschlagung ein Entgelt zusichern —, daß er sich in den Genuß der Erbschaft setzen will. Nicht jede dahinstrebende Handlung aber ist als Erbschaftsannahme anzusprechen. — Auch ein rechtshistorischer Grund zeigt uns, daß in der Annahme eines Entgelts seitens des ausschlagenden Erben kein für seine Erbenstellung erhebliches Moment liegen kann. Der code civil und das badische Landrecht, denen das BGB in der Konstruktion des Erbschaftserwerbes folgt, bestimmen in einer Sondervorschrift, daß als Annahme der Erbschaft zu betrachten seien: „Die Entsagung[105]), ... wofür eine Vergütung genommen wurde" (Bad. Landr. § 780); . . . . de la renonciation . . . ., lorsqu'il (l'héritier) reçoit le prix de sa renonciation. (c. c. 780 III). Hätte der Gesetzgeber also in jeder Entsagung gegen Entgelt bzw. in jedem derartigen Vertragsabschluß, eine Annahme sehen wollen, so hätte er dies wohl ebenso wie jene Gesetze zu besonderem Ausdruck gebracht.

Um zu der unsere Fragen behandelnden Literatur Stellung zu nehmen, ist eine Begrenzung unserer Ansicht notwendig. Wir vollen keineswegs behaupten, daß in keinem Falle in dem Abschluß eines zur Ausschlagung verpflichtenden Vertrages eine Annahme verbunden mit einer Veräußerung liegen kann. U. U. kann sehr wohl der Wille der Parteien auf die Veräußerung gehen und ein wahrer Erbschaftskauf vorliegen. Erfolgt eine Ausschlagung mit dem Zusatz „zu gunsten eines Dritten", der nicht schon infolge des Fortfalles des Ausschlagenden Erbe wird, so ist diese Erklärung nach § 1947 BGB als Ausschlagung nichtig. Wenn in der Literatur nun die Ansicht vertreten wird, daß in solcher Erklärung eine Ver-

[105]) Ob der Augenblick des Vertragsabschlusses oder erst der der Ausschlagung als Annahme gelten sollen, bleibt sich gleich, da beide Handlungen als Aeußerungen desselben Willens erscheinen.

äußerung, in einem unterliegenden Vertrag also ein Erbschaftskauf liegen kann, so stimmen wir dem zu.[106]) (Liegt ein Vertrag nicht vor, so würde die Annahmeerklärung erst in der — als Ausschlagung unwirksam — Ausschlagung liegen.) Das Bayr. OLG[107]) will in diesem Falle (nach der ganzen Anlage ist anzunehmen, daß seine Ansicht auch für unseren Fall Bedeutung hätte) unterscheiden, ob die Ausschlagung gegen Entgelt oder unentgeltlich erfolge. Nur im ersten Fall soll regelmäßig ein Verkauf nach Annahme, im zweiten dagegen keine Schenkung vorliegen. Diese Unterscheidung kann aber keine grundsätzliche sein, da die rechtliche Natur der Ausschlagung und des zu ihr verpflichtenden Vertrages von einer Gegenleistung an den Ausschlagenden unabhängig ist.

Wenn Frommhold[108]) schreibt, daß in der Ausschlagung einer Erbschaft seitens eines Miterben zu gunsten der übrigen eine Schenkung gefunden werden kann, so hat dies für unsere Frage keine Bedeutung, da Frommhold mit dieser Bemerkung — ausweislich der als Beleg zitierten RG.-Entscheidung, Bd. 29, Nr. 49 — eine nach einer unzweifelhaften Annahme erfolgte Ausschlagung treffen will.

Nimmt der Erstberufene also die Erbschaft nicht durch sonstige Willensbetätigungen an, so steht, wenn die Ausschlagung der Erbschaft erfolgt, deren Wirksamkeit der Abschluß eines Ausschlagungsvertrages nicht im Wege, denn dadurch hat der Ausschlagende nicht den Willen bezeigt, Erbe zu bleiben. Was also die Wirkung auf die Stellung des auf die Erbschaft verzichtenden Erben anlangt, so haben wir eine tiefgehende Verschiedenheit zwischen dem Abschluß des Erbschaftskaufvertrages und dem eines Ausschlagungsvertrages festzustellen: Im einen Falle nimmt der kontrahierende Erbe die Erbschaft an, im anderen bleibt seine Stellung zur Erbschaft die gleiche wie vor dem Vertragsabschluß.

---

[106]) Vgl. Staudinger-Herzfelder, Planck, Reichsgerichtsräte zu § 1947 BGB, auch Rechtspr. d. OLG VI, S. 171.

[107]) Bayr. OLGZ VII, S. 376.

[108]) Zu § 2385 BGB.

§ 12. Die Vermögensverschiebung infolge einer Erbschaftsausschlagung im Vergleich zu der auf Grund eines Erbschaftsverkaufes erfolgenden.

Der Darstellung des Einflusses beider Verträge auf die Stellung des in beiden Fällen in Erfüllung des Vertrages die Erbschaft aufgebenden Erben lassen wir nunmehr eine Betrachtung der Art folgen, in der sich der Vermögensverlust infolge einer Ausschlagung und infolge einer auf den Erbschaftsverkauf folgenden Einzelübereignung der Erbschaftsgegenstände auf der einen, der Vermögenserwerb auf der anderen Seite vollzieht.

I. Ziel des Erbschaftskaufes ist, daß der Erbschaftskäufer die Erbschaftsgegenstände durch die die Erfüllung der Verpflichtung des Erben bildenden Uebereignungshandlungen als dessen Rechtsnachfolger erhält. Der Vertrag geht somit auf eine „Veräußerung". Denn die Uebertragung des Eigentums oder eines sonstigen Rechtes auf einen Dritten nennt man „Veräußerung".

II. Ganz anders beim Ausschlagungsvertrage! Hier bezweckt der Vertrag nicht, daß derjenige, dem gegenüber die Verpflichtung zur Ausschlagung ausgesprochen wird, die Erbschaftsgegenstände durch Uebereignungshandlungen des Ausschlagenden erhält, d h. er ist nicht auf eine „Veräußerung" gerichtet. Da im § 2385 BGB dem Erbschaftskaufe gleichgestellt sind andere Verträge, die auf eine „Veräußerung" gehen, somit die „Veräußerung" als wesentlich für den Erbschaftskauf erscheint, so sei an dieser Stelle der Begriff ausdrücklich dahin erläutert, daß er auf den Fall der Rechtsübertragung beschränkt ist. Ein bloßes Aufgeben eines Rechtes, ohne das das Recht kraft des Willens des Aufgebenden auf einen Dritten übergeht, ist keine Veräußerung im Sinne des BGB.[109])

---

[109]) Diese Ansicht wird vertreten von Planck, I, S. 185, Staudinger-Riezler, I, S. 359, Cosack, I, S. 159, Endemann, Bürg. R., S. 285, A. M. Dernburg, Bürg. R. I, S. 384.

Der Ausschlagungsvertrag geht nun im Gegensatze zum Erbschaftsverkauf nicht auf eine Uebertragung von Rechten vom einen auf den anderen Vertragsteil, geht nicht auf eine Veräußerung.

Zunächst liegt es nicht im Wesen des Vertrages, daß der Vertragsgegner des Erben überhaupt die Erbschaft erhalten muß. Wenn der Erbe sich z. B. einem Gläubiger des Erblassers oder einem Gläubiger des nach ihm Berufenen gegenüber — auch ein solcher Vertrag ist natürlich denkbar — zur Ausschlagung verpflichtet hätte, so hätte ein solcher Vertragsgegner die Erbschaft durch die Erfüllung des Vertrages nicht bekommen. Wird der Vertrag nun mit dem Nächstberufenen abgeschlossen, so kann das für seine rechtliche Konstruktion keinen Unterschied bewirken.

Gibt es also Fälle, in denen der Vertrag bei gleichbleibender rechtlicher Struktur die Erbschaft überhaupt nicht verschaffen soll und kann, so kann der dem Vertrage immanente, durch die jeweilige Erscheinungsform unveränderliche, Zweck nicht der sein, daß der Vertragsgegener die Erbschaft erhält. Wenn trotzdem in bestimmten Fällen dies als Folge der Erfüllung des Vertrages, nämlich infolge der Ausschlagung, eintritt, so können wir feststellen, daß hier die Erfüllung des Vertrages durch den Erben nicht den unmittelbaren Grund für den Erwerb der Erbschaft durch den Vertragsgegner darstellen kann. Gleichzeitig könen wir schon vermuten, daß sich in diesen Fällen der Erwerb der Erbschaft auch rechtlich nicht in gleicher Weise wie bei dem Erbschaftskaufvertrag vollziehen wird.

Und tatsächlich zeigt uns eine Betrachtung der — uns in diesem Zusammenhang allein interessierenden — Fälle, in denen der Vertragsgegner die Erbschaft infolge der Ausschlagung erhält, d. h. der Fälle, in denen der Vertragsgegner der nächstberufene Erbe ist, eine grundsätzliche Abweichung in der Art seines Erbschaftserwerbes von dem des Erbschaftskäufers. Während dieser die Erbschaftsgegenstände als Rechtsnachfolger des Erben erhält, erlangt sie jener als Rechtsnachfolger des Erblassers.

Dies ist zweifellos, wenn er zur Erbschaft gelangt, weil die gesetzliche Erbfolgeordnung ihn nunmehr beruft. Besonders bemerkt sei, daß es aber auch zutrifft, wenn er nach der Ausschlagung eines eingesetzten Erben die Erbschaft als Ersatzerbe erhält. Wird sogar der Nacherbe nach herrschender Ansicht Rechtsnachfolger des Erblassers, so muß dies im Fall der Ersatzerbschaft sicherlich der Fall sein. Denn bei dieser kommt der nachberufene Erbe überhaupt nur zur Erbschaft, wenn der Haupterbe nicht Erbe wird oder es nicht bleibt. Der Ersatzerbe ist im Gegensatz zum Nacherben — zeitlich betrachtet — Alleinerbe. Auch Hellwig, der im Falle der Nacherbschaft im Gegensatz zur herrschenden Lehre Rechtsnachfolge nach dem Vorerben annimmt,[110]) vertritt für den Fall, daß der Erstberufene nicht Erbe wird, die vorgetragene Ansicht: „Es kann keine Rede davon sein, den an zweiter Stelle Berufenen als den Rechtsnachfolger des Ausschlagenden zu betrachten. Er ist der unmittelbare Nachfolger des Erblasser.“[111]) Der die Erbschaft erhaltende Erbe wird also in jedem Falle Erbe aus eigenem Rechte; der Verzicht der Erstberufenen gibt nur die Möglichkeit des Erwerbes.[112]) Es handelt sich hier um den typischen Unterschied von Grund und Voraussetzung. Die Ausschlagung des ersten bildet nur die Voraussetzung für den Erwerb des zweiten. Bei der Veräußerung sanktioniert das Gesetz den Willen des Veräußernden, im Falle der Ausschlagung hingegen wird das Gesetz aus eigenem Antriebe tätig, es überträgt Rechte ohne Rücksicht auf den Willen des Ausschlagenden, ja sogar gegen ihn; und daß es keinen Unterschied machen kann, ob der Parteiwille in einem Falle das gesetzliche Wollen billigt, liegt auf der Hand.[113])

---

[110]) Rechtskraft, S. 219ff.

[111]) aaO, S. 205. Wir zitieren nur das Ergebnis, da Hellwig (Festg. f. v. M. S. 173, Anm. 3) mitteilt, daß er die Begründung heute anders fassen würde.

[112]) Vgl. Müller, S. 33.

[113]) Auch Stützel, dessen 1911 erschienene Dissertation: Schenkung und Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses“ uns erst nach Vollendung dieser Arbeit zu Gesicht gekommen ist,

Ein anderer Gesichtspunkt, der vom Standpunkt der herrschenden Lehre aus eine Verschiedenheit in der Art der Vermögensverschiebung bedeuten würde, kann von uns nicht herangezogen werden. Aus der Tatsache, daß der Erbe die Erbschaft durch die Ausschlagung des Ersterben nicht definitiv erhält, sondern noch ausschlagen kann, läßt sich in Konsequenz unserer Ansichten keine wesentliche Verschiedenheit der Wirkung von Veräußerung und Ausschlagung herleiten. Denn auch durch den bloßen Anfall erwirbt der Erbe ja die Erbschaft (vorläufig), und wenn er später auch ausschlägt, so tritt eine für die Tatsache des erfolgten Erwerbes unerhebliche Vermögensminderung ein. — Endlich sei noch an einem Beispiele dargelegt, daß die Verschiedenheit der rechtlichen Konstruktion der Art des Vermögenserwerbes und -verlustes keineswegs nur theorethische Bedeutung hat.

Vergegenwärtigen wir uns, welche Folgen es hat, wenn der zur Ausschlagung verpflichtete Erbe sich eine Vertragsverletzung dahin zu Schulden kommen läßt, daß er anstatt auszuschlagen annimmt. Wäre die Art des Eintritts der erstrebten Folgen in beiden Fällen die gleiche, würde der Ausschlagungsvertrag nur auf ein maius im Verhältnis zum Erbschaftskauf gerichtet sein, so müßte der zum Erwerb der Erbschaft Berechtigte in diesem Falle doch mindestens die Uebertragung der Erbschaftsgegenstände als ein minus zur Einräumung der Erbenstellung verlangen können. Die Erbschaftsausschlagung stellt jedoch kein maius zur Veräußerung dar, sondern ein aliud. Nur als Erbe konnte auf die vertragsmäßige Weise der präsumtive Erwerber die Erbschaft erwerben. Die Herausgabe der Erbschaft würde auch eine Teil-Natural-Restitution nicht bedeuten. Die Verpflichtung des Erben ging auf die Ausschlagung! Der Zustand, der bestehen würde, wenn er seine Verpflichtung erfüllt hätte, wäre der, daß der Nächstberufene, sein Vertragsgegner, Erbe ist. Eine

---

streift den hier ausgeführten Gedanken am Schlusse seiner Schrift (S. 58), ohne aber seine Wesentlichkeit auch für sein Thema zu erkennen, da er sich in seiner Deduktion hauptsächlich auf die — von uns zurückgewiesene — Auffassung der RG über den § 1953 BGB betr. die Wirkung der Ausschlagung stützt.

Naturalrestitution würde also verlangen, daß diese Erbfolge eintritt. Diesen Zustand herbeizuführen ist aber unmöglich.[114]) Demnach könnte der Nächstberufene nur Schadensersatz in Geld fordern und nicht Herausgabe der Erbschaftsgegenstände.

Es sei betont, daß wir bei unserer Deduktion keineswegs, was wir beweisen wollen, zur Voraussetzung gewählt haben, denn selbst wenn man den Ausschlagungsvertrag analog dem Erbschaftskaufe behandeln würde, würde die hier gestellte Frage die gleiche Beantwortung finden müssen; denn ein Erbschaftskauf wird der Vertrag dadurch natürlich auch nicht, und ein entsprechender Analogieschluß ist unmöglich.

Wir sehen also an diesem Beispiele, dem sich noch andere anreihen ließen, wie die Verschiedenheit des Erwerbes der Erbschaft als Erbe und als Nichterbe ihre bedeutsamen Wirkungen äußert. Der Erwerb des Erben ist eben ein erbrechtlicher, der des Erbschaftskäufers kein erbrechtlicher. Der Erbschaftskauf würde ja auch — wenn nicht besondere Umstände die jetzige Regelung forderten — systematisch eher in das Schuldrecht als in das Erbrecht gehören, so wie der Nießbrauch an einer Erbschaft im Sachenrecht behandelt ist.[115])

In der Art, wie der Erwerb der Erbschaft durch den, der sie schließlich erhalten soll, in der Folge beider Verträge vor sich geht, somit in dem von den Verträgen verfolgten Ziele, unterscheiden sie sich also erheblich. Der rechtliche Zweck des Ausschlagungsvertrages geht — im Gegensatze zu dem des Erbschaftskaufvertrages — nicht darauf, daß der schließliche Eigentümer der Erbschaft die Erbschaftsgegenstände als Rechtsnachfolger des auf die Erbschaft verzichtenden Erben erhält, er geht nicht auf eine „Veräußerung".

---

[114]) Ist die Annahme durch arglistige Täuschung seitens eines Dritten oder durch eine andere die Anfechtung begründende Tatsache veranlaßt worden, so könnte man zur Naturalrestitution an eine Verpflichtung zur Anfechtung der Annahme denken (die Möglichkeit solcher Verpflichtung betont Seckel, S. 237). Diese Anfechtung gilt dann als Ausschlagung. § 1957, I.

[115]) Der erste Entwurf zum BGB brachte den Erbschaftskauf im Schuldrecht im Anschluß an das Recht des Kaufs.

Haben wir — den Worten nach — bisher die Vermögensverschiebung im wesentlichen vom Standpunkt des Erwerbers aus betrachtet, so sei noch ausdrücklich festgestellt, daß das entsprechende sich auch ergibt, wenn man den Beobachtungspunkt auf die Seite des Verlierers der Erbschaft verlegt. Das eine Mal verschwindet die Erbschaft aus dem Vermögen des Anfallserben, indem die einzelnen Gegenstände auf einen anderen übereignet werden, der andere wird Singularsukzessor des Erben, das andere Mal tritt der Verlust ein durch einen besonders gearteten erbrechtlichen Akt, der Erwerber wird Universalsukzessor des Erblassers. Die Ausschlagung enthält keine „Zuwendung" an den Nächstberufenen[116]).

Damit sind wir am Ende unserer allgemeinen Betrachtung über die analoge Anwendung von Vorschriften des Erbschaftskaufs auf den zur Ausschlagung gegen Entgelt verpflichtenden Vertrag angelangt.

Die Verträge haben zwar darin eine Aehnlichkeit, daß sie beide eine Vermögensverringerung und Vermögensvermehrung auf Seiten der beiden Vertragschließenden bezwecken, die Bedeutung beider Verträge ist aber im übrigen grundverschieden. Insbesondere unterscheiden sie sich durch ihre verschiedene Wirkung auf die Stellung des kontrahierenden Erben zur Erbschaft sowie durch die Art, in der sich in der Folge beider die Vermögensvermehrung und -verringerung vollzieht. Infolge dieser Unterschiede lehnen wir eine auf allgemeine Gesichtspunkte gestützte Analogie ab.

Drittes Kapitel.

Für die Formvorschrift des § 2371 BGB ergeben sich keine Besonderheiten.

Das zweite Kapitel hat uns gezeigt, daß aus allgemeinen Erwägungen heraus eine Analogie zwischen den Verträgen nicht stattfindet. Wollten wir im zweiten Kapitel feststellen, ob wir, vom allgemeinen zum besonderen gehend, irgendeine einzelne Vorschrift des Erbschaftskaufs, deren Uebertragung

[116]) So auch Stützel, S. 58.

an sich möglich wäre, auf den Ausschlagungsvertrag anwenden können, so haben wir mit der Einsicht, daß auf diese Weise in keinem Falle eine Analogie begründbar ist, noch nicht für alle analogiefähigen Vorschriften die Möglichkeit ihrer Uebertragung unbedingt ausgeschlossen. Endgültig entschieden ist die Frage damit nur für alle die Vorschriften, die sich aus dem Wesen des Erbschaftskaufes als diesem charakteristische ergeben; offen bleibt sie immer noch für solche Vorschriften, die sich aus dem Wesen gerade dieses Vertrages nicht ableiten lassen, die bei vielen Verträgen wiederkehren, somit auf allgemeineren Gedanken beruhen, und deren Uebertragung auf den Ausschlagungsvertrag infolgedessen auch noch auf andere Weise begründet werden kann als durch die Feststellung seiner Aehnlichkeit mit dem Erbschaftskaufvertrag der Grundstruktur nach. Die Vorschrift aus dem Rechte des Erbschaftskaufes, auf die wir mit unseren Ausführungen abzielen, ist die im § 2371 für den Erbschaftskauf verlangte Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Wir betonten bereits, von welcher Bedeutung die Uebertragung gerade dieses Paragraphen auf den Ausschlagungsvertrag wäre, und wollen die Möglichkeit seiner analogen Anwendung daher noch unter diesem Gesichtspunkte prüfen.

Fragen wir nach der ratio dieser — bei einer ganzen Reihe dem Erbschaftskauf in Bezug auf die rechtliche Gestalt völlig unähnlichen Verträgen wiederkehrenden — Vorschrift, so ist es denkbar, daß uns hierbei noch Aehnlichkeiten der beiden Verträge aufstoßen, die vielleicht die Uebertragung des § 2371 auf den Ausschlagungsvertrag fordern.

§ 13. Die ratio des § 2371 BGB.

Wenn wir die Frage aufwerfen, aus welchen Gründen man den Erbschaftskauf der Form unterworfen hat, so wird uns die Beantwortung durch die Entstehungsgeschichte des Paragraphen erleichtert. Der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches ließ den Vertrag formlos, die Form wurde erst in den Verhandlungen der Reichstagskommission gefordert und ein diesbezüglicher Antrag dort angenommen. In den Motiven und Kommissionsprotokollen finden wir daher ein reiches Ma-

terial zur Auffindung der von uns gesuchten Gründe. Wir werden im Folgenden nun die dort für die Form angeführten Gedanken daraufhin untersuchen, ob sie auch bei dem Ausschlagungsvertrag zutreffen; soweit dies der Fall ist, werden wir festzustellen haben, ob wirklich der betreffende Gedanke als ratio legis angesprochen werden kann.

Erstens: Der Vertrag über die Veräußerung eines Grundstücks bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. (§ 313 BGB.) „Wie hier, so handele es sich auch beim Erbschaftskauf regelmäßig um einen Gegenstand von besonderem Werte."[117]) Die Höhe des Wertes, um den es sich handelt, wird regelmäßig bei dem Ausschlagungsvertrag die gleiche wie beim Erbschaftskauf sein. Es muß aber bezweifelt werden, daß in der Frage des Wertes die ratio der §§ 313 wie 2371 liegt. Denn andere — und vielleicht häufigere — Verträge können ohne Rücksicht auf den Wert der vertraglich eingegangenen Verpflichtung formlos geschlossen werden. Das BGB hat die Entscheidung der Form nach dem Vertragswert dem Grundgedanken nach verworfen, indem es die Vorschrift des allgemeinen Landrechts, nach der alle Verträge über Gegenstände im Werte von mehr als 150 Mark der Schriftform unterworfen waren, nicht aufgenommen hat. In dieser Richtung also die ratio legis des § 2371 zu suchen, scheint uns verfehlt.

Zweitens: Zu Erbschaften gehören oft Grundstücke. Der Grundstücksverkauf bedarf der Form. Ist also der Erbschaftskauf formlos, so bedarf der Vertrag auch soweit der Form, als er sich auf in der Erbschaft befindliche Grundstücke bezieht. Es könnten nun Zweifel entstehen,[118]) ob bei Ungültigkeit des Verkaufs der zur Erbschaft gehörenden Grundstücke wegen Formmangels des Gesamtvertrages auch der ganze Erbschaftskauf hinfällig wird. Dies Argument kommt für den Ausschlagungsvertrag nicht in Betracht. Denn die Ausschlagung einer Erbschaft kann nie verschieden behandelt werden, je nachdem ob in der ausgeschlagenen Erbschaft sich

[117]) Mugdan, Prot. S. 803 zu § 488 Entw.

[118]) Prot. aaO.

Grundstücke befinden oder nicht. Dasselbe muß aber für den zur Ausschlagung verpflichtenden Vertrag gelten.

In Konsequenz unserer — im § 3 dieser Arbeit niedergelegten — Auffassung hat es für die Behandlung des Vertrages gar keine Bedeutung, wenn ihn die Parteien vielleicht gerade in der Absicht abgeschlossen haben, die nach § 313 BGB gebotene Form zu vermeiden.

Drittens finden wir in den Protokollen: ein Schutz des Verkäufers sei erforderlich, weil es gewerbsmäßige Spekulationskäufer gäbe und es sich bei der Erbschaft um einen (nicht stets sofort übersehbaren) Komplex von Rechten handele. — Beim Erbschaftskauf kommen allerdings beliebige Dritte als Käufer in Betracht, so daß dieses Motiv recht einleuchtend erscheint; beim Ausschlagungsvertrag aber kommt als „Käufer" in der Regel nur ein Nächstberufener in Betracht, unter Umständen freilich auch als Vertragsgegner, nicht als Erwerber der Erbschaft, eine Person, die zu einem Nächstberufenen in irgendeinem interessierten Verhältnis steht und den Vertrag zu seinen Gunsten abschließt. Die Existenz „gewerbsmäßiger Spekulanten" in diesem begrenzten Kreise ist wohl von geringer Wahrscheinlichkeit. Damit entfällt die Möglichkeit einer Uebertragung der Formvorschrift auf den Ausschlagungsvertrag unter diesem Gesichtspunkt.

Viertens wird als Zweck der Formvorschrift angeführt,[119]) daß sie zur Erleichterung des Beweises diene, sie soll „dem Käufer den Nachweis seines Rechtes gegenüber Dritten erleichtern".

Auch nach dieser Richtung hin scheint uns für den Ausschlagungsvertrag ein besonderes Schutzbedürfnis nicht zu bestehen. Denn durch seinen Abschluß werden regelmäßig Rechte des zukünftigen Erwerbers der Erbschaft gegenüber Dritten nicht begründet. Solche Rechte entstehen erst nach der Ausschlagung. Diese aber ist formalisiert.

Wir sind damit die Gründe, die seinerzeit für die Einführung des § 2371 angeführt wurden, durchgegangen und haben gefunden, daß keiner dieser Gesichtspunkte, den wir gleich-

[119]) Prot. aaO, Boehm zu § 2371.

zeitig als wirklich erheblich ansehen konnten, beim Ausschlagungsvertrage in der gleichen Weise vorgebracht werden kann. Da wir glauben, daß außer den behandelten keine weiteren Gesichtspunkte für die Einführung der Formvorschrift beim Erbschaftskauf maßgebend gewesen sind, so haben wir damit festgestellt, daß unser allgemeines Ergebnis durch eine Berufung auf die besondere ratio des § 2371 auch für diesen keine Berichtigung erfahren kann.

§ 14. Formvorschriften in anderen, dem Ausschlagungsvertrage ähnlichen, Verträgen.

Zuletzt wollen wir noch erörtern, ob sich, wenn nicht aus einer Analogie zu dem Erbschaftskauf das Erfordernis der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung für den Ausschlagungsvertrag vielleicht durch einen Vergleich mit anderen ihm in gewissen Beziehungen ähnlichen Verträgen ergibt, die der gleichen Form unterliegen.

Nach § 311 BGB bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen zu übertragen, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. — Schon die Motive zu § 488 Entwurf betonen scharf, warum ein Hinweis auf diese Bestimmung bei dem Erbschaftskauf keine Bedeutung hat. Ebenso aber wie die dort aufgeführten Gründe die Uebertragung der Formvorschrift in diesem Vertrage auf den Erbschaftskauf nicht rechtfertigen, gilt das gleiche für den Ausschlagungsvertrag. Jener Vertrag ist von ihm nach Umfang und Bedeutung verschieden, er ist weit inhaltschwerer als der Ausschlagungsvertrag, indem die Uebertragung des Vermögens meist eine antizipierte Erbfolge enthält, während es sich hier nur um die Aufgabe eines Bestandteiles des Vermögens handelt. Es liegt bei dem nach dem Tode des Erblassers geschlossenen Ausschlagungsvertrag — nur von einem solchen handelt unsere Arbeit — auch nicht wie bei dem Vertrage des § 311 „die Gefahr vor, daß die Vorschriften über letztwillige Verfügungen umgangen werden."

Auch in § 312 BGB kann ein Anlaß zur Formalisierung des Ausschlagungsvertrages nicht gesehen werden.

§ 312 lautet:

Ein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten ist nichtig. Das gleiche gilt von einem Vertrag über den Pflichtteil oder ein Vermächtnis aus dem Nachlaß eines noch lebenden Dritten.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf einen Vertrag, der unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen geschlossen wird. Ein solcher Vertrag bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

Als Vertrag über den gesetzlichen Erbteil ist auch ein Vertrag aufzufassen, in dem ein berufener Erbe sich einem anderen gegenüber zur Ausschlagung verpflichtet. Wird also unser Vertrag bei Lebzeiten des Erblassers zwischen gesetzlichen Erben geschlossen, so bedarf er der Form. Wird er zwischen anderen Personen geschlossen, so ist er nichtig. Daraus kann nun nicht der Schluß gezogen werden, daß der nach dem Tode des Erblassers geschlossene Ausschlagungsvertrag auch in seinem Abschluß — durch die Formvorschrift — erschwert sein muß. Denn es erhellt, daß der im § 312 geregelte Vertrag nur darum Besonderheiten in seiner Behandlung aufweist, weil es sich dort um Rechtsgeschäfte über den Nachlaß eines Lebenden handelt. Diese aber will das Gesetz auf ein Minimum einschränken, einmal, weil sie im Widerspruch zu den allgemeinen Anschauungen stehen, zum anderen, weil das Gesetz die auf diese Weise leicht erfolgenden Bindungen für lange Zeit hinaus mißbilligt. Man gewahrt leicht, daß diese Bedenken bei unserem Ausschlagungsvertrag nicht obwalten. Dieser wird erst nach dem Tode des Erblassers geschlossen und fordert sofortige Erfüllung, da ja die Ausschlagung überhaupt nur kurze Zeit hindurch (in der Regel sechs Wochen nach dem Erbfall) möglich ist.

Ueber § 313 vgl. den vorigen Paragraphen der Arbeit.

Aehnliche Erwägungen wie beim § 312 II, 2 veranlassen die Formvorschrift beim Erbverzichtsvertrag, durch den ein Erbe durch Vereinbarung mit dem Erblasser — also zu dessen Lebzeiten — auf sein Erbrecht verzichtet. (§ 2348 BGB.) Auch hier trifft die ratio der Form nicht auf den Ausschlagungsvertrag zu, eben weil dieser erst nach dem Tode des Erblassers geschlossen ist, also die Entscheidung über die Stellungnahme eines berufenen Erben zum Antritt oder Nichtantritt der Erbschaft nicht vor der Zeit gefällt wird.

Es sei noch festgestellt, daß auch keine allgemeine Analogie vom Erbverzichtsvertrag auf den Ausschlagungsvertrag — im Sinne der Ausführung unseres zweiten Kapitels betreffend den Erbschaftskauf — in Betracht kommen kann. Der Erbverzichtsvertrag hat, sofern in ihm der Verzicht gegen eine Abfindung ausgesprochen wird, viele Berührungspunkte mit dem Ausschlagungsvertrag gegen Entgelt. Da aber dort unmittelbar durch den Vertragsabschluß rechtsändernde Wirkungen erzeugt werden, da vor allem durch den Erbverzicht von dem zukünftigen Erben nichts aus seinem Vermögen zu Gunsten anderer fortgegeben wird, so ist aus diesen Gründen auch der allgemeine Analogieschluß zwischen Erbverzichts- und Ausschlagungsvertrag unmöglich. Endlich sei noch eines Vertrages an dieser Stelle gedacht, den die Praxis in konstanter Rechtsprechung der Formvorschrift des § 2371 unterworfen hat, des Erbvergleichs.[120]) Ein Testament, das A zum Erben einsetzt, ist nichtig. B, der gesetzliche Erbe, schließt nun mit A einen Vertrag, in dem A dem B eine Geldsumme verspricht, wogegen B das richtige Testament als für ihn verbindlich anerkennt, so daß also A die Erbschaft erhalten soll. Es liegt auf der Hand, daß, wenn man für diesen Vertrag die Form verlangt, gar nicht eine Analogie stattfindet. Denn der Vertrag enthält unmittelbar einen Erbschaftskauf. B kann durch einen solchen Vertrag nicht die Tatsache aus der Welt schaffen, daß er Erbe ist. Er verpflichtet sich nur gegen Zahlung eines Entgeltes durch A, soweit es in seinen Kräften steht, eine beider Wünschen entsprechende Rechtslage zu schaffen, indem er A in den Besitz der Erbschaft setzt, ein solcher Vertrag aber *ist* ein (verschleierter) Verkauf der Erbschaft.

Damit sind wir am Ende unserer Ausführungen angelangt. Auch aus Vergleichen mit anderen Verträgen als dem Erbschaftskaufe läßt sich die Notwendigkeit der Form für den Ausschlagungsvertrag nicht herleiten.[121])

---

[120]) RG Bd. 72, S. 209; DJZ. 1906, S. 145; 1911, S. 1496; Jur. Wochschr. 1905, S. 721.

[121]) Wenn in der Literatur zuweilen für den Ausschlagungsvertrag die Form des § 2371 gefordert wird, so geschieht das meist nur von den Schriftstellern, die in dem Vertragsabschluß im Gegen-

Sahen wir in dem zweiten Kapitel unseres Abschnittes, daß sich aus einer Aehnlichkeit des Ausschlagungsvertrages mit dem Erbschaftskauf in der Grundstruktur eine allgemeine analoge Behandlung beider nicht ergibt, so haben wir in diesem Kapitel für diejenige Vorschrift aus dem Rechte des Erbschaftskaufes, deren Beachtung oder Nichtbeachtung im Einzelfall darüber entscheidet, ob seinem Abschlusse rechtliche Wirkungen beigelegt sind, für die Formvorschrift darzulegen versucht, daß sich auch aus besonderen Gründen nicht ihre Uebertragung auf den Ausschlagungsvertrag rechtfertigt. Die Entscheidung des besonderen Falles weicht von dem allgemeinen Ergebnis nicht ab.

§ 15. Schluss.

Eine Parallele zu dem Nebeneinanderbestehen von Ausschlagungs- und Verkaufsvertrag im römischen und gemeinen Recht.

Den Ausgangspunkt unserer Betrachtung bildete die Zusammenstellung einiger praktischer Fälle, in denen die Erbschaftsausschlagung dazu benutzt wurde, den Ausschlagenden mittelbar in den Genuß der Erbschaft zu setzen. Während Hellwig zum Thema der Untersuchung in seiner wiederholt genannten Schrift die Frage erhebt, ob eine solche Ausschlagung von Gläubigern oder von dem Konkursverwalter angefochten werden kann, haben wir unsere Aufmerksamkeit dem Vertrage zugewendet, durch den sich ein Anfallserbe dem Nächstberufenen gegenüber gegen Empfang eines Entgeltes zur Ausschlagung verpflichtet. Ohne Zweifel hat dieser Vertrag den Zweck, einen Erbschaftskauf zu ersetzen. Nimmt das Gesetz

---

satz zu uns eine Annahme mit folgendem Erbschaftsverkauf sehn.[122]) Lediglich Dernburg[123]) vertritt die Ansicht, daß ein solcher Vertrag „aufzufassen ist als eine Vereinbarung über eine Veräußerung der Erbschaft", ohne gleichzeitig auszusprechen, daß er in dem Abschluß eine Annahme erblickt.

[122]) So Scherer, S. 65, Staudinger-Herzfelder zu § 1947. Gegen die Analogie zum Erbschaftskauf sind Planck zu § 2385, Friedmann, S. 58.

[123]) Preuß. Privat-R. Bd. 3 S. 609.

nun darauf Rücksicht, d. h. läßt es diese Umgehung nicht zu, oder behandelt es den Vertrag als nach jeder Richtung selbständiges Gebilde neben dem Erbschaftskauf? Wir haben nachzuweisen versucht, daß die Absicht der vertragschließenden Parteien für die Behandlung des Vertrages ohne jede Bedeutung ist und damit unsere weiteren Ausführungen auf die Prüfung des von den Parteien geschaffenen Tatbestandes beschränken können. Wir sind zu dem Ergebnis gelangt, daß der Ausschlagungsvertrag gegen Entgelt weder einen Erbschaftsverkauf enthält, noch einem solchen analog zu behandeln ist, daß er insbesondere nicht der Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung unterliegt.

Das Gesetz gestattet also, wie die Auslegung ergeben hat, das Institut der Ausschlagung auch zu Zwecken zu benutzen, zu denen es an sich nicht geschaffen ist. Wir werden daher unsere Einleitungsworte über die Zwecke der Erbschaftsausschlagung, zumal wir auch die Gläubiger-Anfechtbarkeit der Ausschlagung ablehnen, dahin ergänzen müssen, daß das Gesetz auch eine solche Ausschlagung billigt, die dem Ausschlagenden mittelbar die Erbschaft zu verschaffen bezweckt. Ein einheitlicher Zweck der Erbschaftsausschlagung, der über den dem Ausschlagenden die Erbschaft als solche zu entziehen, hinausgeht, läßt sich demnach nicht feststellen.

Abschließend wollen wir auf eine Parallelerscheinung aus dem römischen und gemeinen Rechte zu dem selbständigen Nebeneinanderbestehen von Erbschaftsverkauf und Ausschlagungsvertrag bezw. von Uebereignung infolge Verkaufes und Ausschlagung im BGB hinweisen. Es gab dort neben dem Erbschaftsverkauf die in iure cessio ante aditam hereditatem als ausgeprägtes Institut. Der Erbe konnte die ihm deferierte, noch nicht erworbene Erbschaft durch in iure cessio an einen beliebigen Dritten abtreten. Die rechtliche Konstruktion dieser in iure cessio weicht von der der Ausschlagung, die den Anfall an den Nächstberufenen verursacht, erheblich ab. Das Ergebnis ist jedoch völlig das gleiche wie

bei der Erfüllung des Ausschlagungsvertrages. Der Zedent befindet sich in der gleichen Lage wie der Ausschlagende. Er ist nicht Erbe, hat weder erbschaftliche Rechte noch Pflichten und hat das ihm für die in iure cessio (= der Ausschlagung) gewährte Entgelt im Vermögen. Der Zessionar dagegen ist Erbe, denn ihm ist „das Erbrecht selber zugewandt“[124]) — ebenso wie der infolge der Ausschlagung zur Erbschaft gelangte Nächstberufene Erbe ist. Nur der Kreis der für die in iure cessio und die Ausschlagung in Betracht kommenden Personen ist verschieden. Kommt hier als „Käufer“ nur ein Nächstberufener in Betracht, als Ausschlagender dagegen jeder Anfallserbe, so dort als Zedent nur ein heres legitimus, d. h. schon nach den zwölf Tafeln berufener Intestaterbe, et voluntarius, d. h. kein suus, während der Erwerber jeder beliebige Dritte sein kann.

Freilich ist es nicht unbestritten, ob das ganze Institut nicht ausschließlich dem altrömischen Rechte angehört. Während Windscheid und Puchta es als noch im gemeinen Rechte in Geltung befindlich behandeln, vertritt Dernburg die entgegengesetzte Ansicht.

Die Worte, in denen sich Dernburg darüber äußert, ob es zweckmäßig ist, auf eine solche Weise dem Erben zu gestatten, sich in den Genuß der Erbschaft zu setzen, gleichzeitig aber der Haftung gegenüber den Erbschaftsgläubigern zu entziehen, könnten ohne weiteres als über den Ausschlagungsvertrag — de lege ferenda — gesprochen gelten: „Die Zulassung solcher Zession ist aber auch bedenklich, denn sie ermöglicht dem berufenen Erben, sich den pekuniären Vorteil der Erbschaft durch den Kaufpreis anzueignen und die Erbschaftsgläubiger auf einen schikanösen und gewissenlosen Käufer zu verweisen.“

---

[124]) Sohm, S. 653, Anm. 3. Zu dem ganzen Institut ferner: Dernburg, Pandekten Bd. 3, § 167, Windscheid, Bd. 3, S. 454.

Anhang: Ueber die Erbschaftsausschlagung des BGB im Vergleich zu der des gemeinen Rechts und des preußischen Landrechts.

Da die Literatur des gemeinen Rechts im Zusammenhang mit dem beneficium abstinendi der sui, die des preußischen Rechts im Zusammenhang mit dem allgemeinen Ausschlagungsrecht der Erben die in der Arbeit behandelten Fragen berührt hat und wir diese Literatur nicht ohne weiteres übergehen wollten, so müssen wir noch festzustellen versuchen, inwieweit das Ausschlagungsrecht des BGB dem dieser Systeme gleichgestellt werden kann.

Wir verweisen die Beantwortung dieser Frage in einen Anhang, weil sonst der Hauptteil der Arbeit zu stark mit historischen Erörterungen belastet und unübersichtlich würde.

I. Das gemeine Recht.

Während im gemeinen Recht die heredes extranei mit dem Erbfall nur die facultas acquirendi, die Erbschaft selbst erst mit der Antretung erhalten, erwerben sie die heredes sui mit dem Erbfall ipso iure und haben dann das beneficium abstinendi.[125])

Mag auch zunächst dies System, d. h. der Erwerb der sui, dem BGB gleich scheinen, so finden wir bei näherer Prüfung nicht unerhebliche Unterschiede zwischen beiden.

Der Anfall der Erbschaft hat in beiden Systemen die gleiche Bedeutung.[126])

Die Ausschlagung des BGB unterscheidet sich vom abstinere schon darin wesentlich, daß das abstinere nur ein factum war, die Ausschlagung dagegen ein Rechtsgeschäft, ein actus (legitimus) ist.[127]) Sodann ist das abstinere, sofern

---

[125]) Nur Koeppen, Lehrbuch S. 196, vertritt gegen die allgemeine Meinung die Ansicht, daß „das Wahlrecht des suus bewirkt, daß für ihn die erworbene Erbschaft, wie für den extraneus die erworbene Erbberechtigung noch kein Vermögenserwerb ist; daß auch ihm dieser Erwerb nur eine facultas acquirendi gewährt."

[126]) Windscheid-Kipp, S. 457, Jacobsen, S. 10, Mannigk, S. 239.

[127]) Witte, S. 859, se abstinere = sich von der Erbschaft fernhalten; Jacobsen, S. 57, Binder, I, S. 76.

nicht die Erbschaft vorher von den Gläubigern verkauft wird, widerruflich binnen drei Jahren.[128]) Anders das BGB.

Vor allem aber sind die Wirkungen der Ausschlagung andere als die des abstinere. Es findet keine Rückbeziehung der Ausschlagungswirkung in unserem heutigen Sinne statt. Erst von der Ausschlagung ab hört der Erbe auf, Erbe zu sein. Er war Erbe mit Resolutivbedingung, während im BGB „der Anfall als nicht erfolgt gilt".[129]) — Im BGB gilt der infolge der Ausschlagung Berufene als von Anfang an berufen, § 1953 II, 2 (die eventuelle Berufung an alle Erben mit dem Erbanfall). Nach gemeinem Recht „gilt beim Wegfall des zur Erbfolge zunächst Berufenen niemals ein anderer nach rückwärts hin als schon von vornherein berufen, sondern es ergeht die neue Berufung immer nur an diejenigen Personen, welche den Wegfall des Vorberufenen erlebt haben."[130]) Im gemeinen Recht bleiben auch prinzipiell die Handlungen des Ersterben gültig, soweit sie bona fide erfolgten und dem Interesse des Erben dienten.[131]) Im BGB behalten sie nur in Ausnahmefällen ihre Wirksamkeit. (§ 1959.)

Das ius abstinendi des römischen Rechts beruhte auf dem prätorischen Recht, im Sinne des Zivilrechts blieb der Abstinent Erbe. L. 30 § 10 D. 40, 5 non est sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem se. — Haben wir zwar zu zeigen versucht, daß auch im BGB der Ausschlagende nicht in praeteritum seine Erbeigenschaft verliert, so hat dies im BGB doch eine völlig andere Bedeutung:

Was sich im römischen Recht ohne innere Bedeutung aus dem Nebeneinander zweier Rechtsordnungen ergab, was das gemeine Recht ohne innere Verschmelzung übernommen hatte, das ist im BGB der Ausdruck eines einheitlichen Systems geworden. So müssen wir Jacobsens Ergebnis annehmen: „Es gab im römischen Recht keinen Satz, der völlig dem § 1953 I

---

[128]) Windscheid-Kipp, S. 433.

[129]) Diese Unterschiede führt insbesondere Adrée aus.

[130]) Strohal, Bd. 1. S. 25.

[131]) Jacobsen, S. 92; im einzelnen Endemann, Bürg. R. III, S. 324, L. 44, D. 29, 2.

entsprochen hätte."[132]) Und so erscheinen uns die Worte Manigks[133]), daß das ius abstinendi ein Ausschlagungsrecht nach „modernem Stil" gewährt, doch recht bedenklich.

Aus diesem Grunde haben wir davon Abstand genommen, im Text der Arbeit selbst Ansichten der gemeinrechtlichen Schriftsteller zu unserem Problem darzulegen. Einen kurzen Ueberblick über sie zu geben, sei uns an dieser Stelle gestattet.

Die Stellen handeln meist von der Ausschlagung angefallener Legate. Der Erwerb der Legate und das Ausschlagungsrecht der Legatare stand aber nach der gemeinrechtlich durchgedrungenen Ansicht der Sabinianer dem ipso iure Erwerb und dem Ausschlagungsrecht der sui gleich (natürlich nur, soweit die Damnations-Legate dingliche Rechte vermachten.[134])

Der Kernpunkt, von dem aus die Frage der Behandlung einer Ausschlagung als Veräußerung der Erbschaft gelöst wird, bildet der uns bekannte Faktor der infolge der Ausschlagung eintretenden oder nicht eintretenden Vermögensverminderung.

Puchta, Pandekten § 425, e[135]): „Wenn die Absicht und der Erfolg, sein Vermögen zu mindern und den anderen zu bereichern, nicht vorhanden ist, liegt keine Schenkung beim Ausschlagen vor." Sonst also doch! Und was für die unentgeltliche Ausschlagung gilt, muß auch für die entgeltliche gelten, die also dann eine Veräußerung darstellen muß.

Savigny, System des römischen Privatrechts, B. IV, S. 145 Not. o. p.[135]) zieht das Ausschlagen eines Legates nicht unter die Veräußerung, weil dadurch bloß die mögliche Ver-

---

[132]) S. 119.

[133]) S. 239.

[134]) Windscheid-Kipp, S. 632, Sintenis, III, S. 709, Sohm, S. 736, Enneccerus, Rechtsgesch., S. 618.

A. A. im Sinne seiner oben skizzierten Grundauffassung, Koeppen in Iherings Jahrb. Bd. 5, S. 184.

[135]) Die Zusammenstellung dieser Stellen entnehmen wir v. Crailsheim, S. 381, 382. In den uns erreichbaren Ausgaben des Puchtaschen und Savignyschen Werkes haben wir jedoch beide zitierten Stellen nicht gefunden.

mehrung des Vermögens unterlassen, aber kein erworbenes Recht aufgeopfert werde.

Dann noch Arndt[136]): „Die Abweisung der vom Testator zugedachten Liberalität faßten die Sabinianer wohl auch als Nichterwerben, als eine Vereitelung des Erwerbes auf, sie sahen es als ein Verhindern des Zuwachses zum Vermögen, nicht als Veräußerung des vollkommen erworbenen Eigentums an. Es ist begreiflich, daß sie unter diesem Gesichtspunkte in jener Ablehnung nicht eine alienatio in fraudem creditorum anerkennen wollten!" (Gegen das letztere vgl. Kipp[137]), der nachweist, das bei der Frage der Anwendung der actio Pauliana im römischen Recht nicht konstruktive Gesichtspunkte entschieden. (Ebenso wie Arndt: „Vermögensverminderung liegt nicht vor"; Fitting.[138])

Im Ergebnis läßt sich also auch in der gemeinrechtlichen Literatur eine einheitliche Meinung nicht feststellen, der Stand dieser Kontroverse ist der gleiche wie in der bürgerlich-rechtlichen Literatur. Während die einen in der Ausschlagung des (heres suus bezw. des) Vermächtnisnehmers eine Vermögensverringerung sahen, beurteilten die anderen sie als Verzicht auf ein angefallenes, nicht erworbenes Recht.

II. Das allgemeine Landrecht.

Die allgemeine Meinung geht dahin, daß das BGB das Grundsystem das ALR, betreffend den ipso iure Erwerb ohne — das Wesen dieses Erwerbes einschränkende — Abänderungen übernommen hat, sodaß also die Wirkung der Ausschlagung im BGB die gleiche wie dort sein muß. „Deutschrechtliche Gedanken, welche bereits im ALR anerkannt waren, werden im BGB (entschlossener!) durchgeführt, z. B. der Erwerb der Erbschaft von Rechts wegen."[139])

Wir glauben nicht, daß man durch die Betrachtung des Wortlautes von ALR I, 9, §§ 377ff. zu einem anderen Ergebnis

[136]) S. 279.

[137]) Jur. Wochschr. S. 11.

[138]) Ziv. Bem. S. 159.

[139]) So Dernburg, Erbrecht, S. 9. Im Ergebnis ebenso Planck, Vorbem. II, 2. Abschn., 1. Tit.; Staudinger-Herzfelder zu 1942, Cosack, Bürg. R., S. 792; Binder, I, S. 69.

gelangen kann; wir glauben insbesondere, daß Kern Unrecht hat,[140]) wenn er schon in dem Worte „Entsagung" einen Hinweis auf ein bereits vorhandenes Gut findet, während das Wort „Ausschlagung" die Existenz eines erworbenen Rechts noch nicht voraussetze. Das Wort „Entsagung" ist in dem nach Volkstümlichkeit strebenden ALR wohl verständlich, wenn man daran denkt, daß der doch in den meisten Fällen eintretende endgültige Erbschaftserwerb des erstberufenen Erben als der natürliche Vorgang erscheint. Das Wort „Ausschlagung" setzt sicher einen Erwerb noch nicht voraus, aber es widerspricht ihm auch nicht. — Daß auf die Terminologie nicht viel Gewicht gelegt werden darf, darin stimmen wir dem RG [141]) völlig zu. Nicht aus der Terminologie, sondern aus dem Wesen beider Erbrechtssystme haben wir geglaubt, die Berechtigung zur vorbehaltlosen Zitierung der Schriftsteller des preußischen Rechtes als bedeutsam auch für das heutige herleiten zu könen.

[140]) S. 9.
[141]) Bd. 54, S. 296.